

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXIX
SEGUNDA PARTE

OCTUBRE - NOVIEMBRE - DICIEMBRE

1992

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO
CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

CUARTO TRIMESTRE
1.992

SEGUNDA PARTE

PRESIDENTE
Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA

VICEPRESIDENTE
Dra. CLARA FORERO DE CASTRO

SECRETARIA GENERAL
Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

SECCION PRIMERA

PRESIDENTE
Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Dr. YESID ROJAS SERRANO
Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

SECRETARIA
Dra. KATERINE KARAKALPAKIS CALDERON

SECCION SEGUNDA

PRESIDENTE
Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ
Dra. CLARA FORERO DE CASTRO
Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Dr. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER
(Hasta el 15 de octubre)
Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA
(Desde el 16 de octubre)

SECRETARIA
Dra. ENEIDA WADNIPAR RAMOS

SECCION TERCERA

PRESIDENTE
Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ
Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ
Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA

SECRETARIA
Dra. RUTH STELLA PALACIO CORREA

SECCION CUARTA

PRESIDENTE
Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Dr. CARMELO MARTINEZ CONN

SECRETARIO
Dr. JORGE A. TORRADO TORRADO

SECCION QUINTA

PRESIDENTE
Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA
Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF
Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ
Dr. JORGE PENEN DELTIEURE (Hasta el 24 de noviembre)
Dr. MIGUEL VIANA PATIÑO

SECRETARIO
Dr. OCTAVIO GALINDO CARRILLO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

PRESIDENTE
Dr. JAIME BETANCUR CUARTAS
Dr. JAVIER HENAO HIDRON
Dr. HUMBERTO MORA OSEJO
Dr. JAIME PAREDES TAMAYO (Hasta el 15 de octubre)
Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO (Desde el 16 de octubre)

SECRETARIA
Dra. ELIZABETH CASTRO REYES

PROCURADURIAS DELEGADAS

1ª Dra. LIBIA ZULUAGA URIBE
2ª Dra. EDNE COHEN DAZA
3ª Dr. JAIME OSSA ARBELAEZ
4ª Dr. JAIRO MAYA BETANCOURT
5ª Dra. MARIA EUGENIA SAMPER RODRIGUEZ
6ª Dra. MARGARITA OLAYA DE OBANDO
7ª Dra. GLORIA ALDAS GRACIA (E)
8ª Dra. LUZ STELLA PENA DE MENDEZ
9ª Dra. INES HURTADO CUBIDES
10ª Dr. FERNANDO OSPINA HENAO

RELATORES

Dra. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH

SECCION TERCERA

SELECCION DEL CONTRATISTA/INFORME SOBRE PROPUESTAS-Naturaleza/ACTO DE TRAMITE

La tarea de la comisión se limitaba a la elaboración del estudio (jurídico y técnico) de las diversas propuestas que atendieron la invitación del Departamento, para presentarlo ante el Consejo de Gobierno y ante el Gobernador, quienes tomarían la decisión correspondiente; en otros términos, la integración de la comisión era solamente un mecanismo de mucha usanza en la administración pública, para facilitar el análisis de las diversas propuestas, sin que sus conclusiones fuesen definitivas por sí mismas o imperativas para las autoridades encargadas de adoptar la decisión final del proceso licitatorio. Limitado así su papel, es indudable con la elaboración del informe, no se crearon ni modificaron ni extinguieron situaciones jurídicas de ninguna decisión de la administración, y, por lo tanto, esta jurisdicción no puede abordar su examen.

PLIEGO DE CONDICIONES/CONTRATO DE SUMINISTRO-Régimen Aplicable/CARTA DE ABONO

Las prescripciones de los pliegos, constituyen el reglamento de la licitación que se impone, por igual, al licitante y a los licitadores; a éstos cuando quiera que tuviesen dudas respecto de la interpretación de alguna de sus reglas se le impuso la carga de solicitar las aclaraciones correspondientes en el término y por el procedimiento que ellos mismos señalaron; el no ejercicio de tal derecho no puede tener significación distinta del perfecto entendimiento de los pliegos y de su aceptación. El licitante, en el sub-lite, estimó legales y oportunos todos los requisitos del pliego. Si se considera que la Ley 64 de 1976 "reglamenta el ejercicio de la ingeniería, la arquitectura o profesiones auxiliares", es obvio que los contratos a que alude su artículo 14 no pueden ser únicamente los de obra pública; la sola consideración tomada encuentra expresamente por la ley de las "diversas especialidades" de las

profesiones reglamentadas indica claramente la amplia comprensión de la disposición legal. Si el profesional que debía abonar la propuesta era un ingeniero mecánico, la equivocación de los pliegos se refiere únicamente al número de la ley y no al contenido mismo de la exigencia, irregularidad que no puede jamás adquirir la entidad que deduce la demanda.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C. Octubre 1 de 1992.

Consejero Ponente: *Dr. Juan deDios Montes Hernández.*

Ref: expediente No. 5780. Actor: MACODYN S.A.

Resuelve la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora en contra de la sentencia del 3 de febrero de 1989, pronunciada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquía, en virtud de la cual decidió negar las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

I. a) El 31 de agosto de 1987, la sociedad MACODYN S.A. constituyó apoderado judicial y demandó al Departamento de Antioquía buscando satisfacer estas pretensiones:

"PRIMERO: Que es nulo el contenido del informe sobre la licitación pública internacional 01-87, especialmente el anexo titulado 'FIRMAS ELIMINADAS POR FALTA DE DOCUMENTACION' numerales 8 y 9 que dice en su parte final: 'Ahora bien, tanto la firma MACODYN como la Cooperativa de Municipalidades, no abonan en debida forma la propuesta, lo anterior por cuanto la Ley 64/78 dispone que para que las propuestas puedan considerarse válidamente, deben ser abonadas, cuando menos, por un profesional matriculado y especializado en la respectiva rama; además se observa que ambas cartas de abono, no se refieren a la calidad, ni a la ideneidad de la maquinaria ofrecida'.

"SEGUNDO: Que es nula la Resolución 0102 de Mayo 6 de 1987. 'Por medio de la cual se declara desierta la licitación pública 01-87'.

"TERCERO: Como valor de reparación del daño causado el Departamento de Antioquia, representado por el Gobernador,o quien haga sus veces, debe pagar a MACODYN S.A. representada por el Dr. JOSE FERNANDO NARANJO o quien haga sus veces, la suma de TRESCIENTOS SESENTA MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA o su equivalente en moneda legal colombiana. (US$360.000,OO)" (Fls. 317 A 318 C. l).

b) La demandante narró así los hechos constitutivos de la causa petendi:

"1.- Por Resolución 0394 de 17 de diciembre de 1936, se abrió la licitación pública internacional 01-87 para la compra de maquinaria con destino a la ejecución de obras públicas en el Departamento de Antioquía.

"2.- El día 3 de marzo de 1987 se cerró la licitación 01-87 a las 8:30 A.M. a la cual se presentó la firma MACODYN S.A., como consta en la página 15 del Acta 001, ofreciendo el equipo objeto de la licitación: 9 cargadores, 4 compactadores, 17 motoniveladoras, 10 tractores.

"3.- En la sesión del día 5 de marzo de 1987 del Consejo de Gobierno Departamental, página 13, Acta 1623 se integró una comisión con los Secretarios de Obras Públicas, General y Hacienda, Director de Planeación y un representante de la Contraloría, para estudiar las propuestas de la licitación 01-87 (Literal j. del acta).

"4.- La comisión entregó el informe, sin fecha, No. 96155 donde dicen: 'Se presentaron 19 propuestas de las cuales 11 quedaron inicialmente eliminadas, por no cumplir estrictamente con los documentos esenciales de la licitación. Especialmente en el punto 1.6.1.7. pag. 8 de los pliegos de condiciones se solicitaba 'carta de abono de conformidad con la Ley 64 de 1978 y el Decreto 222 de 1983'.

"5.- En el informe de la licitación los comisionados afirman en el anexo titulado FIRMAS ELIMINADAS POR FALTA DE DOCUMENTACION lo siguiente:

"'8 y 9. Macodyn y Cooperativa de Municipalidades....

"'Ahora bien, tanto Macodyn como la Cooperativa de Municipalidades, no abonan en debida forma la propuesta, lo anterior por cuanto la Ley 64/78 dispone que para que las propuestas puedan considerarse válidamente, deben estar abonadas, cuando menos, por un profesional matriculado y especializado en la rama respectiva; además se observa que el contenido de ambas cartas de abono, no se refieren a la calidad, ni a la idoneidad de la propuesta ofrecida...'

"6.- En la reunión del día 15 de abril de 1987, del Consejo de Gobierno, pag. 3., Acta 1629, se acordó declarar desierta la licitación 01-87, lo que se hizo por Resolución 0102 de Mayo 6 de 1987, firmada por el Gobernador de Antioquía y su Secretario de Obras Públicas". (fls. 318 a 319 C.l).

c) Respecto de las normas violadas y del concepto de la violación, la demanda expresó:

"Con la decisión tomada se violaron las siguientes normas:

"Artículo 863 del Código de Comercio: 'Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen'.

"Esta disposición resulta violada porque el proceder de la administración se opone a la buena fe toda vez que al incluir en los pliegos la obligatoriedad de abonar la propuesta, lo hizo con el automatismo que caracteriza la gestión pública, como lo expresó el H. Consejo de Estado en sentencia de febrero de 1987, expediente 4694, Consejero Dr. Julio Cesar Uribe Acosta. En efecto, en el texto del informe sobre licitación 01-87 los comisionados citaron el artículo 14 de la Ley 64 de 1978, pero se abstienen de transcribir todo el texto; solamente copian el inciso primero (1o) pero no el incico 2o., que es el que precisa el alcance de la disposición. El inciso 2o. dice:

"'En los contratos que se celebren como resultado de la licitación o del concurso se impondrá a los contratistas la obligación de encomendar LOS ESTUDIOS, LA DIRECCION Y LA EJECUCION DE LOS TRABAJOS (mayúsculas mías) a profesionales que posean matrícula en la especialidad requerida...'

"'Luego, dicha norma debe aplicarse en contratos de OBRAS PUBLICAS pero no en contratos de Suministro (o compraventa de bienes muebles) salvo que el suministro sea para comprar piezas destinadas al ensanche, caso en el cual sí se requiere el especialista en la materia. La Ley 64 fue dictada para favorecer el trabajo del profesional colombiano, pero no resulta aplicable en todos los casos de contratos, especialmente como afirmé en suministros de equipo, que son entregados a la entidad licitante ya terminados; es el caso de las máquinas de escribir, los computadores, etc. El verbo rector de la frase 'ENCOMENDAR' se refiere a:

"1. Obligación de encomendar los estudios: en la licitación 01-87 no eran necesarios estudios de ninguna clase para ejecutar el contrato de suministro (o compraventa de los bienes muebles) o como consecuencia de aquél; 2.- Se refiere también a encomendar la dirección técnica: que tampoco era necesaria pues los equipos se entregan ensamblados a la entidad y en perfecto estado de funcionamiento; y, finalmente, a 3.- Encomendar la ejecución de los trabajos: ¿cuáles trabajos en un contrato de suministro como el que tiene por objeto la licitación 01-87?

"La Ley 64 de 1978 aparece aplicada de manera equívoca por los funcionarios departamentales de Antioquia y el artículo 768 inciso final del C.C. dice: 'Pero el error en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario'.

"Ahora bien, en el pliego de condiciones página 22 numeral 1.20 se exige garantía de calidad o estabilidad (sic) del equipo; en el numeral 1.21 pag. 23 se

establece la obligación de capacitar personal del Departamento de Antioquia para la operación, mantenimiento y reparación de los equipos; en el numeral 4.9 pág. 4 Cauciones, 4.9.1. se señala la obligación de otorgar garantía de correcto funcionamiento. Y, como si fuera poco, en la minuta del contrato pág. 3, cláusula Quinta se establecen las obligaciones del contratista tales como alistar los equipos e instruir personal del Departamento, en la pág. 4 cláusula Novena se establece la asistencia técnica y la inspección de la maquinaria y el equipo; la cláusula décima ordena la garantía de funcionamiento del equipo. En la carta de presentación de la oferta, mi poderdante expresó: '1o. Que conoce todo el pliego de condiciones y acepta todos los requisitos y condiciones en ellos exigidos'.

"Como consecuencia de los mismos pliegos, mi poderdante en su oferta incluyó referencias de calidad y buen funcionamiento. (folios 166, 167 y 168 de la oferta). A folio 169 hace una descripción de la organización de la empresa y las facilidades de servicio. Con estas explicaciones se ve claramente que al aplicar la Ley 64 de 1978 a un contrato de suministros y/o compraventa de bienes muebles, el Departamento de Antioquia violó la ley, actuando con desviación de poder, causando perjuicio a Macodyn S.A.

"También se violó el artículo 33 del Decreto 222 de 1983 y el Artículo 79 del Código Fiscal de Antioquia (Ordenanza 96 de 1985 modificada por ordenanza 62 de 1986) en cuanto que al evaluar los factores de adjudicación se hizo violando el texto de esas disposiciones, descalificando una propuesta que reunía los requisitos exigidos en el pliego y en la ley, teniendo en cuenta el contrato que pretendía celebrarse (de suministro no de obras públicas). La inclusión de la cita de la Ley 64 de 1978 es un error de técnica en la elaboración del pliego de condiciones, imputable a la administración, si se tiene en cuenta que el proveedor debe garantizar con pólizas y cauciones el buen funcionamiento de los equipos y el mantenimiento de los mismos. Además, si la administración compra equipo especializado debe nombrar para recibirlo a un interventor o técnico que vea las condiciones en que se entrega el equipo, para rechazarlo si no reúne las condiciones exigidas en el pliego. El administrador al evaluar las propuestas frente al pliego debe decidir si el requerimiento es esencial o determinante para cumplir el objeto del contrato que se pretende celebrar. Por ello el Consejo de Estado ha dicho: ' En esta materia la doctrina se inclina por un manejo flexible de las situaciones para no hacer nugatorio el derecho que tiene a la adjudicación quien ha presentado una buena oferta, sólo cuestionable por simples detalles...' (Sent. de febrero 19 de 1987, radicación 4694, Consejero Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, Jurisprudencia y Doctrina, Mayo de 1987, págs. 467 a 474).

"Continúa el H. Consejo de Estado '...esto explica que Eduardo García de Enterría enseñe sobre el particular:

"'Hay que tener presente, sin embargo como ha observado la sentencia del 22

de Noviembre de 1973 que 'no todos los preceptos ni condiciones del pliego tienen el mismo rango, ni su falta por tanto determina los mismos efectos, sino que depende de su entidad y de la naturaleza de la disposición o condición incumplida'. (Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Civitas, pag. 657).

"En la administración pública se ha popularizado la manida costumbre de declarar desiertas las licitaciones en dos oportunidades, por cualquier mínimo detalle, para llegar inexorablemente a la negociación directa y adjudicar al proponente que los administradores quieren favorecer. Con esto se configura, ni más ni menos, que el fraude a la ley, que ya nuestras más altas corporaciones de justicia han descubierto en varios fallos.

"Se violó también el artículo 860 del Código de Comercio porque la oferta de contrato de Macodyn S.A. reunió todos los requisitos para ser evaluada y adjudicada. La carta de abono que obra a folio 83 de la propuesta original, está suscrita por el representante legal de Macodyn y compromete en la oferta a todo el equipo técnico de ingenieros y mecánicos que laboran para la empresa. La parte final del texto dice:

"'Así mismo, declara que conoce y acepta las disposiciones contempladas en la ley 64 de 1978 y que no se encuentra inhabilitado por dicha ley para suscribir el contrato que pueda emanarse de la presente propuesta, en caso de ser adjudicada'.

"Entonces, con las garantías del equipo, funcionamiento y mantenimiento, este compromiso suple bien el requisito que, para contratos de obra, exige la norma mencionada, porque tratándose de contratos de compraventa de bienes muebles terminados (suministro) no habrá obligación de encomendar 'estudios, la dirección técnica o ejecución de trabajos' a profesionales de la Nación.

"Si al recibir las cosas compradas el comprador alegare no ser éstas de la especie o calidad convenida se dará aplicación al artículo 916 del Código de Comercio, con lo cual viendo la naturaleza del contrato licitado, la clase de bienes a comprar, que tales bienes son terminados y no piezas para ensamble, la administración no debió desechar la propuesta de Macodyn S.A. con lo cual causó graves perjuicios a la empresa.

"La etapa precontractual resulta de la manifestación de voluntad de la administración expresada en los pliegos y la del proponente expresada en la oferta. Esas voluntades que forman el contrato pueden examinarse aisladamente y de manera separada antes del perfeccionamiento del negocio y en esa misma forma independiente producen efectos y generan responsabilidades.

"'...El Dr. DIONISIO GOMEZ RODADO sobre este tópico explica:

"'Que la persona pública puede incurrir en responsabilidad precontractual cuando declare desierta una licitación por una inconveniencia motivada en hechos im-

putables a la administración o cuando la decisión no obedezca a una verdadera causa de inconveniencia, sino sea una simple excusa para no llevar a feliz término el concurso iniciado. Porque en este aspecto es bueno puntualizar que selección del contratista y discrecionalidad no son conceptos que se compartan en el derecho público'. (Contratos administrativos, Cámara de Comercio de Bogotá, 1983, pag. 152).

II. Admitida la demanda (fls. 336) y notificado el auto admisorio a la entidad demandada (fls. 340), la apoderada especial que constituyó para que asumiera su defensa interpuso, infructuosamente, el recurso de reposición en contra de la mentada providencia (fls. 341 - 350).

Agotado el período probatorio, previo el traslado legal, se presentaron las partes para los alegatos finales de la instancia.

El apoderado judicial de la sociedad actora insiste en la equivocación que cometió el demandado al aplicar, no siendo aplicable, la Ley 64 de 1978, circunstancia que hace presumir su mala fe, en los términos del artículo 768 del C.C., y compromete su responsabilidad de tipo precontractual (fls. 389-391).

La apoderada del Departamento expresa que la exigencia cuestionada por la demandante estaba prevista en los pliegos de condiciones en el numeral 1.6.1.7., en los cuales, al mismo tiempo se advertía que los proponentes podían solicitar, por escrito, las aclaraciones de los pliegos de condiciones que estimaren convenientes hasta que faltasen diez (10) días para el cierre de la licitación; arguye que, por consecuencia, la demandante pecó de negligente al no hacer una cuidadosa revisión de los pliegos que le hubiera permitido aclarar oportunamente sus dudas.

El Fiscal del Tribunal rinde su concepto desfavorable a las pretensiones deprecadas; dice que "lo relativo a la Ley 64 de 1978 no fue ni el único ni el principal motivo" que condujo a la decisión censurada y que, además, no existe prueba alguna del perjuicio reclamado (fls. 396 - 399).

III. El Tribunal expresó en las consideraciones del fallo:

"1.2. La Sala sostuvo mediante providencia del 11 de abril del año en curso que era 'inocua e innecesaria la primera solicitud que se invoca en el petitum: la de declarar nulo el contenido del 'informe sobre la licitación pública internacional 01-87 especialmente el anexo titulado FIRMAS ELIMINADAS POR FALTA DE DOCUMENTACION, numerales 8 y 9 ...'. El aserto anterior continúa vigente. No es posible impugnar por la vía del contencioso de restablecimiento del derecho un acto preparatorio como el informe de los subsalternos del Jefe de la Administración Departamental, por dos claras razones:

a.- Dichos actos preparatorios, 'que constituyen el antecedente de uno principal que vendrá después (1) cuya validez condiciona con frecuencia', según palabras del

profesor Sayaguez Laso (Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, pág. 382), únicamente son justiciables por el procedimiento de la suspensión en prevención del artículo 153 del Decreto 01 de 1984, y b.- El Consejo de Gobierno declaró desierta la licitación con base en el 'informe' de que se trata. No cabía, por tanto, por una obvia sustracción de materia, la demanda de una cosa que quedó subsumida en la resolución del mencionado Consejo. Las diligencias, conceptos, informes, etc., de naturaleza preparatoria sólo son susceptibles de demandarse abtes (sic) de que se dicte el acto definitivo o principal.

"1.3. Empero, ello no torna en inepta la demanda, por cuando el tal informe no es el fundamento ni la consecuencia de ninguna otra petición. La pretensión de anular la resolución sobre declaratoria de desierta (sic) es independiente y no depende (ni subsigue) a ninguna otra.

"2.- EL PETITUM.

"2.1. Como se ve, la sociedad demandante está inconforme con el acto que declaró desierta la licitación No. 01-87. La Ley 64 de 1978, alega, 'no resulta aplicable en todos los casos de contratos, especialmente como afirmé en suministros de equipo, que son entregados a la entidad licitante ya terminados, es el caso de las máquinas de escribir, los computadores, etc....'. Dice, pues, en síntesis, que el requisito del abono de la propuesta no es pertinente en su caso. Veamos:

"3.- Obra en los autos el informe que rindieron los funcionarios antes citados sobre la legalidad y conveniencia de las propuestas presentadas a la licitación (folios 306). En este documento, donde campean la falta de sindéresis y la ausencia de claridad mental, se afirma que 11 propuestas no cumplen lo relacionado con el abono de la oferta, pero no se indica cuáles son ellas. Lo mismo ocurre con los 5 'licitantes opcionados' y las 4 ofertas eliminadas por razones legales y 'por especificaciones técnicas': se desconoce cuáles fallaron por un motivo y cuáles por otro. En igual sentido se pronuncia el Gobernador del Departamento en la Resolución No. 0102 de 1987 que declaró desierta la licitación. No obstante, el oficio del asesor jurídico de la Secretaría de Obras Públicas, que sirvió, probablemente, de apoyo al informe de los secretarios de despacho y la Directora de Planeación, sí establece que la oferta de Macodyn no se analizó técnicamente ' y fue eliminada por falta de documentos legales esenciales, según consta en el oficio No. 955544 del 30 de marzo/87 expedido por la asesora jurídica de la Secretaría de Obras Públicas'. (Las anteriores y las demás subrayas son de la Sala). El oficio No. 955544 no fue allegado, pero lo que se desprende del documento base antes transcrito y de la respuesta que el Secretario de Obras Públicas y la asesora jurídica Soledad Castellanos dan al Presidente de la sociedad demandante (folio 327), permiten concluir que la eliminación se debió únicamente al hecho de no haber sido aprobada la propuesta en debida forma, esto es, de acuerdo con la Ley 64 de 1978.

"4.- Estatuyen los apartes 1.6 y 1.7 de los pliegos de condiciones: 'Documentos que se deben presentar con la propuesta. Toda propuesta debe incluir en

cada ejemplar... Carta de abono de conformidad con la Ley 64 de 1978 y el Decreto 222 de 1983...'. Este último decreto no hace referencia al tema. La Ley 64 sí dispone en su artículo 14: 'Con las salvedades comprendidas en el inciso 3 del artículo 1o. las propuestas que se formulen en las licitaciones y concursos abiertos por la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), los departamentos, intendencias, comisarías, municipios y Distritos Especiales, para la adjudicación de contratos cuya ejecución se relacione con el ejercicio de cualquiera de las especialidades de la ingeniería o de la arquitectura, deberán, para que puedan considerarse válidamente, estar abonadas, cuando menos, por un profesional matriculado y especializado en la rama respectiva... En los contratos que se celebran como resultado de la licitación o del concurso, se impondrá a los contratistas la obligación de encomendar los estudios, la dirección técnica y la ejecución de los trabajos a profesionales que posean matrícula en la especialidad requerida. El incumplimiento de esta obligación por parte de los contratistas figurará como causal de caducidad en los contratos... Lo dispuesto en este artículo se aplicará en todas sus partes a las propuestas que se presenten como a los contratos de igual naturaleza y con el mismo objeto que se celebren con las sociedades de economía mixta.... y con....'.

"'4.1. El artículo primero de la Ley indica que se entiende por ejercicio de la ingeniería, la arquitectura 'y auxiliares', todo lo relacionado con el estudio, la planeación, asesoría, dirección, superintendencia, interventoría y, en general, con la ejecución o el desarrollo de cualquiera de las tareas, obras o actividades específicas en los subgrupos 02 y 03 de la 'clasificación Nacional de ocupaciones'.

"4.2. El vocero de Macodyn S.A. sostiene que las Normas transcritas sólo tienen fuerza vinculatoria sobre los contratos de obra pública, por cuanto '... los comisionados citaron el artículo 14 de la Ley 64 de 1978, pero se abstienen de transcribir todo el texto, solamente copian el inciso primero (1) pero no el inciso 2o., que es el que precisa el alcance de la disposición... Luego dicha norma debe aplicarse en contratos de Obras Públicas pero no en contratos de suministro (o compraventa de bienes muebles... salvo que el suministro sea para comprar piezas destinadas al ensamble...' La Sala piensa que la exégesis de la Ley 64 de 1978 debe hacerse con el conjunto de sus normas, no con uno (1) solo de sus incisos: el 2o. en efecto:

"4.3. a- El artículo primero, relativo al ámbito de aplicación del precepto legal, hace mención del ejercicio de las profesiones de ingeniería, arquitectura y 'auxiliares' de éstas. b- El artículo 14 no efectúa ninguna distinción. Se refiere en general a 'las propuestas que se formulen en las licitaciones y concursos'. De igual alcance es el parágrafo del mismo artículo: se contrae a todas las propuestas y contratos y no hace ninguna diferenciación.

"4.4. ¿Qué rol desempeña entonces allí el inciso segundo que trae a cuento la demandante? La respuesta surge diáfana: como el contrato de Obra Pública

tiene unas características bien específicas, el legislador considera conveniente hacer una mención especial de él, pero ello no significa, de ningún modo, que el texto de ese inciso restrinja o condicione el campo de aplicación establecido por los artículos referidos.

"4.5. Todo conduce a concluir que los profesionales de la ingeniería y la arquitectura lograron que el legislador supeditara el buen suceso de las licitaciones y contratos a su calificación y visto bueno. Obtuvieron algo así como lo que hacen los abogados: la propuesta extranjera o nacional debe estar coadyuvada o prohijada por un arquitecto o ingeniero matriculado y especializado en la rama respectiva. Y no cabe hablar de una formalidad adjetiva o intrascendente. Se trata ni más ni menos, que de un requisito para la validez misma de la oferta. No puede ser otra la conclusión que se desprende de la locución 'Las propuestas.... deberán, para que puedan considerarse validamente, estar abonadas...'.

"4.6. De ahí que el artículo 15 de la Ley sancione al empleado oficial que 'autorice, facilite, patrocine o encubra el ejercicio ilegal de la ingeniería o la arquitectura....'. Hay allí toda una regulación del ejercicio de las citadas profesiones, no únicamente del contrato de obra pública, como equivocadamente, lo cree Macodyn. Carecería de sentido, situadas las cosas en un plano diferente: el de lo que es sensato y conveniente, que la protección del ejercicio de la ingeniería y la arquitectura se extendiera solamente a un contrato y se dejaran por fuera actividades como la consultoría, es decir, lo atinente a estudios de diagnóstico, 'prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos así como a las asesorías técnicas y de coordinación... la interventoría... y la ejecución de estudios, diseños, planos, anteproyectos, proyectos...'. (Artículo 115. Decreto 222 de 1983). La prestación de servicios (artículo 11 del mismo decreto). O la amplia gama de los concursos privados de méritos mediante los cuales se adjudican los contratos relacionados con el ejercicio de la arquitectura y que tienen por objeto la elaboración de proyectos. En síntesis, si la Ley 64 de 1978 exige la formalidad del abono para las licitaciones y concursos que tengan que ver con el ejercicio de la arquitectura, la ingeniería y 'auxiliares', es irrazonable entender que sólo uno de los contratos en que intervienen éstos profesionales: el de obra pública, está sujeto a dicha formalidad.

"5.- No todas las informalidades o desviaciones de que adolece una propuesta imponen su eliminación del proceso de escogimiento que lleva a cabo la entidad pública. Unicamente tienen tal virtualidad las que ostentan un carácter esencial. No es posible, por ejemplo, alegar la ausencia de las copias de un documento allegado en original para descartar la oferta de un licitante. Pero la ley (en sentido general), los pliegos o la naturaleza misma de las cosas suelen indicar cuáles son los defectos, los vacíos y las desviaciones que dan al traste con la oferta. En este proceso es indiscutible el alcance esencial de la informalidad: '....las propuestas....deberán, para que puedan considerarse válidamente, estar abonadas....', preceptúa el referido artículo 14 de la Ley 64, se ciñen, pues, a derecho las decisiones del Consejo de Gobierno y el Gobernador del

Departamento, que declararon desierta la licitación, por no ajustarse la propuesta al pliego de condiciones, en el caso concreto de Macodyn S.A..

"6.- La expresión de las disposiciones violadas no es muy completa, pero el núcleo central de la cuestión se fundamenta en la referida Ley 64 de 1978, cuyo supuesto quebranto cita y explica la actora.

"7.- A pesar de que lo antes expuesto lo hace innecesario, se anota: a.- Que la nulidad de la resolución que declaró desierto el proceso licitario no daría lugar (en el evento de ser cierta la violación que se predica) al pago de los perjuicios correspondientes 'a lo que hubiera ganado la firma -la demandante - de haber ejecutado el contrato', por una bien sencilla razón: para obtener tal indemnización era indispensable que la propuesta de Macodyn fuera la más conveniente, cosa que ésta ni planteó en su demanda ni intentó probar. b.- La resolución demandada, la No. 0102 de 1987, de la idea de ser solamente una ratificación (¿será redundante e inocua?) de lo resuelto anteriormente por el Consejo de Gobierno (folio 304). A pesar de ello, la Sala no considera procedente dictar un fallo inhibitorio por ineptitud de la demanda, por cuanto es innegable que las dos decisiones que se tomaron colocaron a la demandante en una situación de duda y perplejidad: el Gobernador del Departamento no da la idea de ratificar o concretar sino de estar declarando desierta la licitación." (fls. 402 a 409).

IV. El apelante alegó, para sustentar su recurso, la inaplicabilidad de la Ley 64 de 1978 para los contratos de compra de equipos; adujo en favor de su tesis la existencia de la Ley 51 de 1986, reglamentaria del ejercicio de la profesión de ingeniería eléctrica, ingeniería mecánica y profesiones afines.

Luego, sobre la propuesta de su cliente, dijo:

"En la página No. 9 aparte 5o. reafirma el Honorable Magistrado que la oferta debió abonarse. Sin embargo, este requisito no dejó de existir nunca en la oferta de MACODYN S.A. porque en la carta de presentación el representante legal de la empresa afirmó: '1o. Que conoce todo el pliego de condiciones y acepta todos los requisitos y condiciones en ellos exigidos'. Además, a folio 83 de la propuesta original, que obra en el expediente, aparece la carta de abono o garantía donde se dice:

"Así mismo declara que conoce y acepta las disposiciones contempladas en la Ley 64 de 1978 y que no se encuentra inhabilitado por dicha ley para suscribir el contrato que pueda emanarse de la presente propuesta, en caso de ser adjudicada'.

"Pero además, otorgó las garantías exigidas de correcto funcionamiento de los equipos. En la inspección judicial practicada por el H. Magistrado se constató que la empresa tiene taller, equipo y personal suficiente para atender los requerimientos de suministro de repuestos y atención de reparaciones.

"7.- LA MEJOR OFERTA.

"La consideración de mejor oferta, medida en términos globales, solamente puede deducirse de un estudio detallado del pliego de condiciones. Pero es obvio que por las ventajas técnicas ofrecidas, económicas y por los aspectos jurídicos la oferta de MACODYN S.A. era la más favorable.

"Desde el punto de vista del precio ocupaba el segundo lugar, después de la oferta de la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia (Coomunicipios) que presentó oferta del mismo equipo, es decir, que en cuanto a calidad y condiciones técnicas eran dos ofertas similares.

"Como el gobierno excluyó del estudio a la firma MACODYN S.A. resultaba imposible por otros medios probatorios demostrar que su oferta era la mejor, lo que se consigue comparando la memoria hecha por los funcionarios de la administración frente a la oferta de MACODYN.

"Estas razones y las que sirvieron de fundamento para explicar el concepto de la violación me llevan a proponer el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y se acuda a las peticiones de la demanda a favor de MACODYN S.A.". (fls. 415 a 416).

V. La señora Fiscal Séptimo del Consejo de Estado estima que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, conclusión que deduce de estas reflexiones:

"A folio 195 y siguientes, obra copia de la licitación pública internacional No. 01-87, para la adquisición de equipo por parte de la Secretaria de Obras Públicas de la Gobernación de Antioquia, en cuya Sección I, referente a la información para los proponentes, el numeral 1.6., señala los documentos que debían presentar con la propuesta y entre ellos: 'Carta de abono de conformidad con la Ley 64 de 1978 y el Decreto 222 de 1983'. 1.6.1.7.- (fl. 206).

"Al respecto, este despacho se permite anotar que el proceso de la licitación, se caracteriza por ser ajeno a la voluntad de los funcionarios de la administración, dado que las entidades licitantes deben ceñirse a los procedimientos señalados en el régimen contractual, y al pliego de condiciones, siéndoles imperativo adjudicar la licitación a quien, de acuerdo con los parámetros señalados en el respectivo pliego, resulte ser el mejor postor; pero las obligaciones y el cabal cumplimiento de las exigencias del concurso, no sólo excluyen el poder discrecional de la administración, también obligan a los proponentes, no a aproximarse a las exigencias mencionadas, presentando una regular o mala propuesta, absteniéndose de adjuntar los requisitos o documentos, que a su juicio, no se avienen con el tipo de convenio, porque como es obvio, una propuesta de estas características no sólo no podía ser aceptada por la Administración sino que debía ser rechazada, si nos atenemos, a su obligación de adjudicar la licitación al mejor postor.

"Ahora bien, si los interesados juzgaron exageradas o improcedentes algunas de las exigencias contenidas en los pliegos de condiciones era, dentro del propio proceso licitatorio, cuando debieron dirigirse a la administración departamental para exponer sus inquietudes y solicitar las aclaraciones correspondientes, de tal manera que las posibles correcciones o anexos, quedaran incluídas y formaran parte de los respectivos pliegos; de no ser así, las condiciones contenidas en ellos, serían susceptibles de acomodarse o variarse a voluntad de cada proponente, y la institución de la Licitación pública perdería su razón de ser.

"No es de buen recibo, esperar a encontrarse en la situación de licitante vencido para intentar una acción, y presentar una demanda cuyo fundamento, se reduce, como en este caso, a discutir la validez de uno de los elementos consignados en el pliego de condiciones y poder entonces justificar su propio incumplimiento.

"De acuerdo con lo dicho antes, estaría completamente desvirtuada la afirmación del actor, en el sentido de que al evaluar los factores de adjudicación, se descalificó 'una propuesta que reunía los requisitos exigidos en el pliego y en la Ley', y no podía reunirlos, no solo porque su oferta económica no era la menor, sino porque la firma actora en calidad de licitante, entendió que como el contrato a celebrarse era de suministro y no de obras públicas, la inclusión de la carta de abono constituía un yerro por parte de la administración, sin tomar en cuenta que en esa etapa previa a la suscripción del contrato, es precisamente la entidad licitante la parte que presenta sus condiciones, de acuerdo con sus necesidades y la clase de contrato que celebrará.

"A lo anterior, hay que agregar, que a folios 309 y siguientes, obra relación de las firmas eliminadas por falta de documentos legales esenciales, y en relación con la firma actora, se lee:

"'....Tanto la firma 'Macodyn' como la 'Cooperativa de Municipalidades', no abonan en debida forma la propuesta, lo anterior, por cuanto la Ley 64/78 dispone que para que las propuestas puedan considerarse válidamente, deben estar abonadas, cuando menos, por un profesional matriculado y especializado en la rama respectiva; además se observa que el contenido, de ambas cartas de abono, no se refieren a la calidad, ni a la idoneidad de la maquinaria ofrecida".

"A pesar de que la actora juzgó innecesario o erróneo por parte de la entidad licitante la exigencia de aportar como requisito de la Licitación No. 01-87 la carta de abono conforme a la Ley 64 de 1978, adjuntó el escrito que obra al folio 83 -fl. 87- de su formulario de propuesta, que si pretendía le fuera reconocido como tal lo mínimo que debió hacer fue sujetarse al precepto contenido en el artículo 14 de la citada Ley, esto es, que dicha carta estuviera abonada por un profesional matriculado y especializado en la rama respectiva, en este caso, la carta fue firmada por el señor Fernando Naranjo Jaramillo, en su calidad de Presidente de la firma Macodyn.

"En esas condiciones y no habiendo sido desvirtuada por la parte demandante la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos, la decisión del a-quo, se encuentra ajustada a derecho".

LA SALA CONSIDERA

A. El informe cuya nulidad se solicita en la primera de las pretensiones formuladas por la sociedad actora está visible a folios 311 y 312 del expediente y expresa:

"De acuerdo al (sic) informe de la Oficina Jurídica, las primera diez (1') -sic- firmas que quedaron eliminadas son las siguientes:

....

"....Ahora bien, tanto la firma 'Macodyn' como la 'Cooperativa de Municipalidades', no abonan en debida forma la propuesta, lo anterior por cuanto la Ley 64/78 dispone que para que las propuestas puedan considerarse válidamente, deben estar abonadas, cuando menos, por un profesional matriculado y especializado en la rama respectiva; además se observa que el contenido, de ambas cartas de abono, no se refieren a la calidad, ni a la idoneidad de la maquinaria ofrecida". '(fl. 312 C.I.).

Este informe fue elaborado por una comisión que designó el Consejo de Gobierno de Antioquia "para efectuar el estudio de las propuestas", según se narra en el acta No. 1623 correspondiente a la sesión cumplida el 5 de marzo de 1987 (fl. 302).

Estas dos circunstancias que, en su orden, dan cuenta del contenido del acto acusado y, del origen y alcance de la competencia de la comisión que lo produjo, permiten concluir que su propósito no fue tomar decisión alguna atañedera a la licitación; la tarea de la comisión se limitaba a la elaboración del estudio (jurídico y técnico) de las diversas propuestas que atendieron la invitación del Departamento de Antioquia, para presentarlo ante el Consejo de Gobierno y ante el Gobernador, quienes tomarían la decisión correspondiente; en otros términos, la integración de la comisión era solamente un mecanismo - de mucha usanza en la administración pública, para facilitar el análisis de las diversas propuestas, sin que sus conclusiones fuesen definitivas por sí mismas o imperativas para las autoridades encargadas de adoptar la decisión final del proceso licitatorio.

Limitado así su papel, es indudable que, con la elaboración del informe, no se crearon ni modificaron ni extinguieron situaciones jurídicas de ninguna naturaleza; o, lo que es lo mismo, el informe no constituye decisión de la administración y, por lo tanto, esta jurisdicción no puede abordar su examen. Si bien los pliegos no establecieron la autoridad competente para adjudicar y no se trajo al proceso la disposición departamental reglamentaria del proceso de selección del contratista, del numeral

1.17 de dichos pliegos que atribuyen al "representante legal del organismo respectivo" la potestad para declarar desierta la licitación (acto contrario al de adjudicación), por razones del paralelismo de las formas, se ha de entender que tal decisión debía adoptarla el Gobernador del Departamento, El carácter de representante legal del Departamento que ostenta por mandato constitucional avala esta deducción.

En estas condiciones, no hay norma seccional o ésta no figura probada en el proceso -que obligase al Gobernador a consultar su decisión con el Consejo de Gobierno; esta circunstancia, por supuesto, no resta validez y oportunidad a la actuación; por el contrario muestra el deseo de acertar.

Sin embargo, para los efectos que aquí interesan, lo anterior significa que ni el concepto del Consejo de Gobierno ni el informe que rindió la comisión integrada por él, vinculaban la decisión final del Gobernador; es decir que los dos (concepto e informe) carecían de poder decisorio alguno, razón que impide examinar su legalidad en sede jurisdiccional puesto que carecen de "ejecutoriedad" y "más que buscar una solución se pretende buscar una fundamentación para la que se debe adoptar"; por lo tanto, "los informes (de esta clase) no son impugnables directamente ni en vía administrativa ni en vía contencioso-administrativa por ser actos de trámite (normalmente). Sólo es recurrible el acto final, aunque indirectamente y de reflejo lo sea el informe en cuanto aquél se haya conformado con la consulta, pero esto es lo normal en todo procedimiento, en el que los vicios de los actos preparatorios se extienden al acto resolutorio" (José Antonio García Trevijano - "Los actos administrativos" -civitas- 1a. edición pags. 319 y 321).

Algunos doctrinantes (P.e. Manuel María Díez) los denominan como meros actos administrativos" y, señalan los efectos internos que producen dentro de las relaciones de la administración, aspecto desde el cual resultan jurídicamente relevantes, y la ausencia de los mismos en lo que atañe a las relaciones externas, ángulo desde el cual el particular "no tiene interés legítimo para recurrir (1o)".

En síntesis, el a-quo acierta en cuanto considera que el informe en cuestión no puede ser censurado jurisdiccionalmente; sin embargo, su decisión será modificada para proferir un fallo inhibitorio en relación con esta pretensión de la demanda.

B. Dilucidado lo anterior, resta por establecer la validez jurídica o la ilegalidad de la Resolución No. 102 del 6 de mayo de 1987 por virtud de la cual el Gobernador de Antioquia declaró desierta la licitación pública internacional No. 01-87.

El argumento central que la sociedad demandante expone y defiende a lo largo del proceso consiste en sostener la inaplicabilidad del artículo 14 de la Ley 64 de 1978 para los contratos de suministro que celebren las entidades públicas; de tal premisa deduce un error de derecho que habría cometido el licitante al hacer una exigencia no contemplada en la ley (cuestionamiento a los pliegos de condiciones), conducta que, según él, es constitutiva de mala fe; finalmente, concluye, que la eliminación de su propuesta fue ilegal.

De este enfoque inicial se ocupará la Sala, pues si la actora tuviese la razón en su planteamiento habrá necesidad de abordar los otros temas relativos a saber si su propuesta era la mejor y si la decisión administrativa le causó los perjuicios que reclama; en cambio, si no hay objeciones a la validez del acto cuestionado, es inútil estudiar los últimos extremos indicados.

1. Los pliegos de condiciones, en el ordinal 1.6., señalaron los "DOCUMENTOS QUE SE DEBEN PRESENTAR CON LA PROPUESTA". en el 1.6.1. calificó de esenciales varios de ellos, entre los cuales incluyó (1.6.1.7.) la "carta de abono de conformidad con la ley 64 de 1978 y el Decreto 222 de 1983" y dispuso en la "NOTA" final del capítulo: "La falta de alguno (s) de estos documentos descalificarán la propuesta respectiva". (fl. 206).

Los mismos pliegos, en los ordinales 1.9.1. y 1.9.2.; determinaron:

"1.9.1. Los proponentes deberán examinar cuidadosamente los pliegos de condiciones e informes cabalmente de todas las circunstancias y condiciones que puedan afectar de alguna manera el suministro.

"1.9.2. Si los proponentes encontraren discrepancias u omisiones en este pliego de condiciones o tuvieren dudas acerca de su significación o de su interpretación, deberá solicitar por escrito a más tardar diez (10) días antes de la fecha de cierre de la licitación y obtener también por escrito de la Secretaría de Obras Públicas, Fondo Rotatorio de Talleres Departamentales, las aclaraciones del caso antes de presentar su propuesta. Dichas declaraciones serán comunicadas, a más tardar, cinco (5) días antes del cierre de la licitación, a todos los interesados que hayan retirado el pliego de condiciones". (fl. 208).

Más adelante, en el número 1.16.1., expresaron:

"El Departamento eliminará las propuestas en cualquiera de los siguientes casos:

"1.16.1. Cuando se hubiese pretermitido alguna de la formalidades esenciales prescritas en el pliego" (fl.216).

2. Estas prescripciones de los pliegos, como todas las demás que no son necesarias para la solución de este caso, constituyen el reglamento de la licitación que se impone, por igual, al licitante y a los licitadores; a estos - cuando quiera que tuviesen dudas respecto de la interpretación de alguna de sus reglas - se les impuso la carga de solicitar las aclaraciones correspondientes en el término y por el procedimiento que ellos mismos señalaron; el no ejercicio de tal derecho no puede tener significación distinta del perfecto entendimiento de los pliegos y de su aceptación; el asunto es aún más claro si se lee el encabezamiento de la propuesta de la firma actora, donde manifiesta:

"...certificamos que hemos leído su pliego de cargos y las especificaciones en él contempladas entendiendo el alcance y el significado de todos y cada uno de los términos y condiciones, que en caso de resultar favorecidos con la adquisición del pedido, aceptamos y nos comprometemos a cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos". (fl. 17)

Este documento si bien corresponde a un formulario elaborado por el licitante (fls. 247), fue voluntariamente aceptado y suscrito por la proponente sin salvedades de ninguna especie, razón suficiente para concluir que estimó legales y oportunos - y como tales los aceptó - todos los requisitos del pliego. No existe, por consiguiente, fundamento válido para reclamar, con posterioridad, la falta de validez de una de las exigencias que aceptó pero que incumplió.

Esta conclusión sería suficiente para denegar las pretensiones planteadas; sin embargo, vale la pena hacer algunas observaciones en relación con la aplicación de la ley 64 de 1978 en los pliegos cuestionados; establece el artículo 14 de dicha ley:

"Con las salvedades comprendidas en el inciso 3o. del artículo 1o. las propuestas que se formulen en las licitaciones y concursos abiertos por la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), los Departamentos, Intendencias y Comisarías, Municipios y Distrito Especial, para la adjudicación de contratos cuya ejecución se relacione con el ejercicio de cualquiera de las especialidades de la Ingeniería o de la Arquitectura, deberán, para que puedan considerarse válidamente, estar abonados, cuando menos, por un profesional matriculado y especializado en la rama respectiva.

"En los contratos que se celebren como resultado de la licitación o del concurso, se impondrá a los contratistas la obligación de encomendar los estudios, la dirección técnica y la ejecución de los trabajos a profesionales que posean matrícula en la especialidad requerida. El incumplimiento de esta obligación por parte de los contratistas figurará como causal de caducidad en los contratos.

"**Parágrafo.** Lo dispuesto en este artículo se aplicará en todas sus partes tanto a las propuestas que se presenten como a los contratos de igual naturaleza y con el mismo objeto que se celebren con las sociedades de economía mixta en las cuales más del 90% del capital social pertenezca a entidades oficiales y con los establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales del orden nacional, departamental, distrital o municipal."

Si se considera que esta ley "reglamenta el ejercicio de la ingeniería, la arquitectura y profesiones auxiliares", es obvio que los contratos a que alude la disposición transcrita no pueden ser únicamente los de obra pública como lo pretende la actora; la sola consideración - tomada en cuenta expresamente por la ley -de las diversas especialidades de las profesiones reglamentadas indica claramente la amplia comprensión de la disposición legal.

Más aún, la Ley 51 de 1986, invocada por el actor para dar fuerza a sus argumentos, "reglamenta el ejercicio de las profesiones de ingeniería eléctrica, ingeniería mecánica y profesiones afines" y en el artículo 14 ordena:

"Las propuestas que se formulen en las licitaciones y concursos abiertos por la Nación, los Departamentos, Intendencias, Comisarías, Municipios y Distrito Especial, para la adjudicación de contratos cuya ejecución se relacione con el ejercicio de las Ingenierías Eléctrica, Mecánica o afines, en cualquiera de sus ramas, deberán para que puedan considerarse válidos, estar respaldados, cuando menos, por un profesional matriculado y especializado en la rama respectiva.

"En los contratos que se celebren como resultado de la licitación o del concurso se impondrá a los contratistas la obligación de encomendar los estudios, la dirección técnica y la ejecución de los trabajos a profesionales que posean matrícula en la especialidad requerida. El incumplimiento de esta obligación por parte de los contratistas figurará como causal de caducidad en los contratos.

"**Parágrafo.** Lo dispuesto en este artículo se aplicará en todas sus partes, tanto a las propuestas que se presenten como a los contratos de igual naturaleza y con el mismo objeto que se celebren con las sociedades de economía mixta en las cuales más del 90% del capital social pertenezca a entidades oficiales y con los establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales del orden nacional, departamental, distrital o municipal".

La identidad del precepto contenido en los dos textos legales no admite discusión; fuerza es concluir, pues, que si el profesional que debía abonar la propuesta era un ingeniero mecánico de acuerdo con la última ley citada y con el criterio de la demandante, la equivocación de los pliegos se refiere únicamente al número de la ley y no al contenido mismo de los exigencia, irregularidad que no puede jamás adquirir la entidad que deduce la demanda.

En mérito de los expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: INHIBESE para decidir el fondo de la primera de las pretensiones.

SEGUNDO: CONFIRMASE en lo demás el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

IMPEDIMENTO-Causales/AMISTAD INTIMA

Siempre se ha predicado que la calificación de la amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado, corresponde al juez, o a quien conoce de la recusación de su caso. Ocurre, sin embargo, que el camino metafísico esencial de la amistad consiste en afirmar el valor absoluto del otro, en implantarle existencialmente y reconocerlo en su alteridad, independientemente del yo que lo afirma y reconoce. En materia tan trascendental como es la comunión de amistad, resulta extravagante, por decir lo menos, que sea un tercero, ajeno a ella, el que intente desnaturalizarla, afirmando que no existe. La amistad, siendo encuentro directo de dos existencias espirituales, no debe ni puede ser interferida por extraños.

Consejo de Estado.-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera.

Santa fe de Bogotá, D.C., Octubre primero (1o.) de mil novecientos noventa y dos (1.992)

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Ref: Expediente No. 6550 ANULACION LAUDO-ARBITRAL. Actor:MEDARDO SERNA VALLEJO.

El Consejero conductor del proceso del rubro, en escrito calendado el día veintidos (22) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), se declara impedido para conocer del mismo, con apoyo en la causal 9a del artículo 150 del C. de P. Civil. Para sustentar su presentación discurre dentro del siguiente temperamento:

"Comedidamente me permito poner de presente a Ud. y demás miembros de la Sala de Decisión, que al entrar a elaborar el proyecto de fallo dentro del proce-

so de la referencia, encontré circunstancias constitutivas de impedimento para el suscrito, cuales son:

"**PRIMERA**.- Con respecto al árbitro Doctor Gabriel Escobar Sanín: Conozco a dicho señor desde cuando comencé mis estudios de Derecho en la Universidad Externado de Colombia en el año de 1967; durante el año de 1968 fui su discípulo de la cátedra de Civil-Bienes; y, en 1970 cursé con el mismo profesor la asignatura de Civil-Contratos. Este trato de profesor a alumno se fue acentuando con el de la amistad, día a día más intensa, hasta llegar a ser su auxiliar de cátedra en las dos asignaturas antes mencionadas, a partir de 1.974. En 1.978 el profesor Escobar Sanín viajó a Europa y por su recomendación fui encargado de regentar su cátedra de Civil-Bienes hasta finales de 1979. Al regreso del Doctor Escobar, él me propuso ante los Directivos de la Universidad para que sustituyera, de manera definitiva, como titular de esta asignación, lo que efectivamente ocurrió y ocurre hasta la fecha.

"Todo lo anterior y por el trato personal y social que he mantenido durante 25 años con mi profesor y grato amigo, el doctor Gabriel Escobar Sanín, me lleva a concluir que se tipifica en el presente asunto la causal No. 9o. del artículo 150 del C.P.C. aplicable al proceso Contencioso Administrativo, pues, mantengo con él profunda y sincera amistad, que bien podría denominarse "íntima" como lo califica la ley.

"SEGUNDA. Con respecto al Doctor Saúl Sotomonte Sotomonte: conozco a dicho profesional desde 1967 cuando él acababa sus estudios de Derecho en la Universidad Externado de Colombia y yo iniciaba los míos. Desde entonces he tenido amistad profunda con dicho doctor y con su familia; durante varios años he sido colega del Consejo Directivo de la Universidad Externado de Colombia, como también de la Junta Directiva del Club de Abogados. En alguna época de ejercicio profesional, manejamos conjuntamente algunos asuntos de índole comercial.

"Con el Doctor Saúl Sotomonte Sotomonte, árbitro presidente en el proceso, también puede predicarse amistad que encuadra en la referida causal No. 9 del artículo 150 del C. de P.C.

"Preciso que los doctores Saúl Sotomonte Sotomonte y Gabriel Escobar Sanín actuaron como árbitros en el proceso arbitral cuya anulación pretende ambas partes.

"TERCERA.- Con respecto a la doctora María Cristina Morales de Barrios.- Actuó en el proceso citado al rubro como Secretaria del Tribunal de Arbitramento. La conozco desde hace muchos años, por ser hija del profesor Hernando Morales Molina y más aún desde cuando fue mi alumna en la Universidad Externado de Colombia; desde 1975 a 1978; ya egresada de dicha facultad de

Derecho le dirigí su tesis "Las medidas cautelares". Fue mi auxiliar de cátedra en la Universidad de los Andes y en la Universidad Externado de Colombia; al retirarme de la primera la recomendé para que me sustituyera en la cátedra de Derecho Probatorio en la cual fue aceptada y aún la regenta. Tengo para con dicha doctora, su esposo Otto Barrios y sus hijos un gran aprecio y una amistad que en mi entender coadyuva a las causales de impedimento atrás invocadas.

"No sobra advertir que el Doctor Augusto Hernández Becerra, también Externadista y amigo mío, actúo durante el arbitramento y ahora en el recurso extraordinario de anulación, como apoderado de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares.".

Para resolver.

SE CONSIDERA

Siempre se ha predicado que la calificación de la AMISTAD INTIMA entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado, corresponde al Juez, o a quien conoce de la recusación en su caso, ya que como lo ha afirmado la Corte "no es fácil señalar una norma que contenga los elementos constitutivos de la intimidad de la amistad, porque ese concepto envuelve de modo predominante el sentimiento subjetivo" (LVII,203). Ocurre sin embargo, que el camino metafísico esencial de la amistad consiste en afirmar el valor absoluto del OTRO, en implantario existencialmente, y reconocerlo en su alteridad, independientemente del YO que lo afirma y reconoce, como lo enseña Ignace Lepp, en su obra la Comunicación de las Existencias. Dentro de esta perspectiva, el escrito en que el Consejero Dr. Daniel Suárez destaca su amistad con los doctores Gabriel Escobar Sanín, Saúl Sotomonte Sotomonte y con la Dra. María Cristina Morales de Barrios, tiene tal fuerza de convicción, que necesariamente lleva a la Sala a aceptar el impedimento. En materia tan trascendental como es la comunión de AMISTAD, resulta extravagante, por decir lo menos, que sea un tercero, ajeno a ella, el que intente desnaturalizarla, afirmando que no existe. De la amistad se ha dicho que prepara el corazón del hombre para la simpatía, lo libera de categorías objetivas preestablecidas y de perjuicios, le permite conocer al amigo, no sólo como lo ve el mundo sino cual es en lo más profundo de su ser. La amistad es, pues, conocimiento del corazón y de la inteligencia. Por ello no se entra en ella, de la misma manera que se matricula una persona en un partido o en un club, a los que se puede abandonar cuando ya no satisfacen. La amistad, siendo encuentro directo de dos existencias espirituales, no debe ni puede ser interferida por extraños.

Siendo fundado el impedimento, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE

Declarar separado del conocimiento del presente proceso al Consejero Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

Señálese la hora de las 10 a.m. del tercer día hábil siguiente a la ejecutoria de este auto para verificar el sorteo de Conjuez.

COPIESE Y NOTIFIQUESE .

Carlos Betancur Jaramillo; *Juan de Dios Montes Hernández; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

En sentido genérico las acciones contractuales son, por principio, acciones resarcitorias o restablecedoras de derechos, hasta el punto que la doctrina nacional, desde la vigencia de la Ley 167 de 1941, y la extranjera han considerado a las acciones contractuales como pertenecientes al género plena jurisdicción (hoy nulidad y restablecimiento del derecho). Cuando en materia contractual se habla de acción de restablecimiento, en relación con actos contractuales, hay que aceptar que se trata de una terminología prestada de la acción regulada en el artículo 85 del C.C.A. dadas las similitudes (que no igualdad) que el *petitum* presenta en este punto, cuando se impugna un acto contractual con fines resarcitorios.

CLAUSULA EXORBITANTE-Límite Temporal/MULTA Límite Temporal.

Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica; inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación). Este poder exhorbitante de imposición de multa tiene un límite temporal obvio; mientras esté vigente el contrato y la medida pueda producir el efecto deseado (el constreñimiento del contratista), ya que la medida no busca sancionar porque sí, sino sancionar para que el contratista que está incumpliendo se sienta compelido a cumplir. La administración impuso, en el caso *sub-judice*, multas por fuera del límite temporal y al hacerlo afectó la medida de incompetencia "ratione temporis".

CONTRATO ADMINISTRATIVO -Incumplimiento / GARANTIA DE CUMPLIMIENTO-Exigibilidad /CLAUSULA PENAL PECUNARIA

No podía hacerse la declaración de incumplimiento pura y simplemente para hacer efectiva la garantía de cumplimiento. Durante la ejecución del contrato la declaración de incumplimiento sólo puede hacerse para imponer multas o para declarar la caducidad del contrato; y vencido el plazo contractual únicamente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Si la administración estima que los perjuicios son mayores al valor de la cláusula penal, no podrá decidirlo unilateralmente sino que tendrá que acudir al juez del contrato. La administración se equivocó; debió hacer efectiva la cláusula penal. Para el efecto no le servía el acto mediante el cual impuso las multas. La orden de hacer efectiva la cláusula penal no se puede dar sino en el acto que declare la caducidad del contrato o en el que declare el incumplimiento definitivo y no dentro de un acto de multa que sólo constata un incumplimiento parcial y que mira a que el contrato se ejecute y no que termine.

Consejo de Estado.-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera.

Santafé de Bogotá D.C. Octubre primero (1o) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Ref. Expediente No. 6631.-Contratos.- Actor: ASINARCO LIMITADA.-

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 18 de diciembre de 1.990, mediante la cual el tribunal administrativo de Antioquia, dispuso:

"1o.- Anúlase parcialmente el acto administrativo contenido en las Resoluciones Nros. 0446, 0463, y 0516 de 11 y 15 de junio y 6 de julio de 1.987, dictadas por el Alcalde Municipal de Rionegro (Ant.) en cuanto "...impuso a la Sociedad ASINARCO LIMITADA multas diarias de uno por mil (1/1000) del valor del contrato celebrado el 8 de mayo de 1.986.

"2o..- Anúlase parcialmente el acto administrativo mediante el cual se hizo efectiva la garantía de cumplimiento contenida en las Resoluciones Nos. 639 y 715 del 24 de agosto y 17 de septiembre de 1.987, respectivamente, pero sólo en la parte que tiene que ver con la garantía que cubrió el valor de la multa.

"3o.- Como consecuencia, la administración de Rionegro devolverá el valor retenido con intereses comerciales, desde el momento en que efectuó el descuento hasta la fecha del reintegro en la forma prevista en el artículo 177 del

C.C.A. Si no lo hizo por no haberse realizado la liquidación final del contrato, se abstendrá de efectuarlo.

"4o..- Sin costas por haberse obtenido el fallo parcialmente favorable".

En la demanda, presentada el 28 de abril de 1988, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

a) Que el Municipio de Rionegro (Antioquia) previa licitación pública celebró con Asinarco Ltda., un contrato para la construcción de bloques de apartamentos con destino al Fondo Rotatorio de Vivienda.

b) Que el valor del contrato fue $22'381.834,96; contrato que fue adicionado y prorrogado en documento de 21 de abril de 1.987 y legalizado en la Contraloría de dicho municipio.

c) Que el contrato se cumplió en la medida en que el municipio lo permitió; entidad que además fijó como fecha de entrega de la obra el 15 de agosto de 1.987.

d) Que en comunicación de 22 de mayo de ese año se le ordenó a la contratista que no realizara los trabajos correspondientes a los ítems 25 y 47 (pisos y guardaescobas en vinisol) y cambiara el color de las pinturas en ventanas, canoas, marcos y puertas, cuando ya esta obra de mano se había terminado.

e) Que el 15 de junio del citado año se le informó a la contratista que otra firma iniciaría las obras faltantes; y que la Doctora Gizlena Moreno estaba autorizada para que sus trabajadores ocuparan los apartamentos como dormitorios.

f) Que la obra fue entregada definitivamente el 15 de agosto de 1.987, luego de la suspensión acordada en acta de 28 de mayo.

g) Que el 24 de agosto la alcadía dictó la resolución 639 de ese año, mediante la cual hizo efectiva la garantía de cumplimiento (10% del valor total del contrato).

h) Que con anterioridad el mismo alcalde había expedido las resoluciones #s. 0446 y 0465 del 11 y 15 de junio y la 0516 de 6 de julio, mediante las cuales, en su orden, se impuso multa al contratista, se precisó la oportunidad para presentar la reposición y se confirmaron las dos primeras.

i) Que la contratista cumplió hasta donde le permitió el municipio, según afirmó la interventora en su certificado de 8 de mayo de 1.987, poco antes de que se suspendiera la obra y se ordenaran los cambios.

j) Que cuando se dictaron las resoluciones mencionadas literal h), ya se habían legalizado nuevas actas de entrega de la obra por más de $27'000.000,oo, suma que sobrepasa el valor del contrato.

k) Que sin causa justificada alguna, el municipio incumplió el contrato al operarse la cesación de pagos desde abril de 1.987.

l) Que la administración liquidó unilateralmente el contrato e incluyó en ella el acta No. 10 por $7'491.199.85; y dio a conocer su acto mediante comunicación de 18 de enero de 1.988.

Con fundamento en esos hechos pidió la parte actora:

"A) Que son nulas las resoluciones números 0444, 0463 y 0516, del 11 de junio, y 6 de julio de 1.987, respectivamente, dictadas por el Alcalde Municipal de Rionegro y mediante las cuales se impuso a la Sociedad "ASINARCO LIMITADA" multas diarias del uno por mil del valor total del contrato celebrado el 8 de Mayo de 1.986 y una pena pecuniaria del cinco por ciento también del valor total del contrato, ordenando descontar dichos valores del saldo a favor del contratista.

"B) Que así mismo son nulas las Resoluciones números 639 y 715 del 24 de Agosto y del 17 de Septiembre de 1.987, respectivamente, mediante las cuales se hizo efectiva la garantía de cumplimiento otorgada por la Sociedad "ASINARCO LIMITADA" por una suma equivalente al diez por ciento del valor total del contrato celebrado el 8 de Mayo de 1.986.

"C) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones el Municipio de Rionegro está en la obligación de pagar a la Sociedad "ASINARCO LIMITADA" las sumas que haya descontado de las actas de entrega o de la liquidación final, por concepto de las multas impuestas en las resoluciones indicadas en los literales A) y B) del presente acápite.

"D) Que el Municipio de Rionegro está en la obligación de pagar los intereses comerciales de la suma total descontada o dejada de pagar por concepto de multas y de la efectividad de la garantía, suma que debe ser reajustada tomando como base el incremento del índice de precios al consumidor o al por mayor.

"E) Como consecuencia de las condenas el Municipio está obligado a pagar el valor de los honorarios profesionales que "Asinarco Limitada" deba cubrir de conformidad con la tarifa del Colegio de Abogados".

El Tribunal, luego del trámite de rigor, decidió en la forma indicada atrás. De ese fallo se destacan los siguientes apartes:

"La multa que el Municipio de Rionegro impuso a la firma ASINARCO LIMITADA, se decretó el once de junio de 1.987, esto es, no sólo cuando, según la misma Resolución, se había superado el plazo contractual, sino que se aplicó

con desconocimiento del propio contrato que estableció el mecanismo que debía agotarse para poder imponer las multas.

"De conformidad con la cláusula décimo quinta, la interventoría debía realizar evaluaciones trimestrales del programa contractual para el control de obra. "Con base en estas evaluaciones y en el caso de atraso del contratista, sin que el MUNICIPIO le haya concedido prórrogas, EL CONTRATISTA, pagará al MUNICIPIO como sanción por incumplimiento una multa diaria del (1/1000) del valor de la obra por cada día calendario de demora en la entrega de la obra que debió haber terminado al final del trimestre en consideración."

"Como ni en el expediente, ni en la Resolución que aplicó la multa consta que la interventoría hubiera evaluado en cada trimestre el programa de trabajo, ni que la multa hubiera tenido como antecedente un informe de la interventoría producto de una evaluación significa que el acto administrativo que la impuso se expidió irregularmente y por tal motivo puede ser anulado por la jurisdicción, pues se desatendió la voluntad de las partes que es ley para ellas."

...

"Repárese que para poder exigir la cláusula penal pecuniaria es necesario que anteceda o la caducidad del contrato o la declaración de incumplimiento. Sin la ocurrencia de uno de estos dos eventos nos es posible exigirla, pues ésta es una consecuencia obligada de la terminación anormal del contrato.

"En el presente caso, aunque la declaración de incumplimiento no fue expresada en la parte resolutiva del acto que la hizo exigible, si fue la circunstancia que el Municipio consideró y finalmente tuvo en cuenta para imponer tanto la multa como la cláusula penal, de allí que no pueda decirse que para dictar esta medida no se hubiera procedido conforme a derecho.

"La firma accionante acepta que incumplió el contrato pero cualifica su confesión, diciendo que "....el Municipio incurrió en incumplimiento contractual al operarse una cesación total de pagos desde abril de 1.987, tal justificación equivale a señalar que no se le podía endilgar incumplimiento porque la administración estaba incursa en lo mismo. Sería tanto como decir que la mora purga la mora y que si ambas partes incumplieron y ninguna se allanó a cumplir en el plazo estipulado, quedaban reservadas para exigir el cumplimiento y obviamente para imponer la cláusula penal.

"La explicación de la firma ASINARCO LIMITADA carece de respaldo, pues si la cesación de pagos operó desde el mes de abril de 1.987 y el contrato vencía el 10 de junio de ese año, en esa fecha debió entregar las obras para poder tener derecho al pago de la parte que se le adeudaba. Si no lo hizo, no podía exigir la contraprestación, pues las obligaciones eran correlativas.

"Así las cosas, como la demandante no logró demostrar que su confeso incumplimiento tuviera como causa el incumplimiento del Municipio, tiene que confirmarse el acto administrativo en la parte que hizo exigible la cláusula penal pecuniaria".

...

"De la efectividad de la garantía de cumplimiento.

"Dentro de las cláusulas forzosas de los contratos que celebra la administración, la ley exige la de Garantías -art.60 D.L. 222 de 1.983.

"Las garantías podrán consistir en fianzas de bancos o de compañías de seguros cuyas pólizas matrices deberán ser aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

"Los respectivos contratos de garantía forman parte integrante de aquél que garantiza.

"En las pólizas matrices deberá proveerse que el monto de la garantía se repondrá cada vez que, en razón de las multas impuestas, el mismos se disminuyere o agotare"

"Consecuente con el dispositivo legal citado en la cláusula DECIMO PRIMERA del contrato se estipuló que "EL CONTRATISTA" se obliga a constituír a través de una Compañía de Seguros legalmente autorizada a satisfacción del MUNICIPIO DE RIONEGRO, garantías de cumplimiento, de buen manejo del anticipo, de daños a terceros y de responsabilidad civil extracontractual, de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnización de trabajadores.

"En la cláusula DECIMO QUINTA se pactó que el pago de las multas o de cualquiera de las obligaciones incumplidas se haría conforme a lo estipulado en la cláusula octava o en últimas a través de "la garantía de cumplimiento".

"Ante tales previsiones resulta inobjetable que si al contratista no se le han retenido los valores de las multas, ni descontado el valor de los perjuicios derivados de su incumplimiento estipulado en una cláusula penal, el mecanismo viable para solucionar esas obligaciones es de hacer efectiva la garantía por el monto que alcancen dichas sanciones, sin exceder el porcentaje que se aseguró.

"En consecuencia, como este fallo anula parcialmente el acto administrativo en lo referente a la sanción por retardo (multa), la garantía de cumplimiento sólo se hará efectiva en lo que corresponde al valor de la cláusula penal pecuniaria.

Por tanto, lo deducido por concepto de multas se reembolsará con los intereses respectivos desde el momento en que se retuvo hasta que se haga efectiva la devolución, todo dentro de las previsiones del artículo 177 del C.C.A."

Descontentas las partes, apelaron. El municipio sustentó su recurso en escrito que obra a folio 160 y siguientes y arguyó: que el tribunal no estudió la inepta demanda propuesta, por violación de los requisitos indicados en el artículo 137 del C.C.A., violando así el artículo 170 del C.C.A.; que la sentencia desconoce el principio de congruencia porque anula los actos administrativos con fundamento en causal no alegada; y que ordena devolver una suma retenida, sin existir la prueba de dicha retención.

Por su lado, la actora insiste en su puntos de vista, ya que estima que no podía quedar vigente el acto administrativo en cuanto a la cláusula penal porque el contrato ya se había cumplido en mas del 90%. Arguye, además, que es un contrasentido que el 11 de junio se haga efectiva la cláusula penal y se señala el 10 de agosto de ese mismo año de 1.987, como fecha de expiración del contrato el 15 del mismo mes.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal octava de la corporación, la sentencia merece ser revocada para, en su lugar, dictar sentencia inhibitoria. De su visita fiscal de 15 de noviembre de 1.991, se destaca:

"Se deduce claramente de la demanda, que la Sociedad Asinarco Ltda. ejercita la acción de Restablecimiento del derecho, pretendiendo que se declare la nulidad de las Resoluciones 0444, 0463 y 0516 de 11 y 15 de junio y 6 de julio de 1.987 respectivamente, mediante las cuales se le impuso en su contra multas diarias del uno por mil del valor total del contrato. Igualmente la nulidad de las Resoluciones 639 y 715 de 17 y 24 de Septiembre, por medio de las cuáles se hizo efectiva la garantía de cumplimiento otorgada por aquella equivalente al diez por ciento del valor total del contrato.

"A juicio de la fiscalía los actos administrativos contentivos en las resoluciones impugnadas son contractuales, por lo que la parte demandante debió impugnarlos mediante el ejercicio de las acciones contractuales establecidas en el Art. 87 del C.C.A. y no por la acción de restablecimiento del derecho.

"Ha sido reiterado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado que los actos contractuales son los que se profieren en desarrollo y ejecución del contrato y deben impugnarse únicamente mediante las acciones relativas a los contratos."

Vistos los planteamientos de las partes, en especial lo alegado por la fiscalía, estima la sala que debe desarrollar en esta motivación los siguientes puntos: a) la

acción, b) los actos impugnados; c) declaración de incumplimiento; d) la liquidación del contrato; e) los perjuicios y f) la conclusión.

a) La acción

Para el Ministerio Público la demanda es inepta, porque siendo los actos cuestionados de carácter contractual fueron impugnados en acción de restablecimiento.

La Sala no comparte este planteamiento. Y para ello se remite no sólo al texto mismo de la demanda sino a su interpretación racional. Decir "acción de restablecimiento del derecho de carácter contractual" es utilizar teleológicamente una calificación correcta, máxime cuando lo impugnado es un acto administrativo, no separable, dictado con base o con apoyo en un contrato.

Y no es incorrecta la calificación porque, en sentido genérico, las acciones contractuales son, por principio, acciones resarcitorias o restablecedoras de derechos, hasta el punto que la doctrina nacional, desde la vigencia de la Ley 167 de 1.941, y la extranjera han considerado a las acciones contractuales como pertenecientes al genero plena jurisdicción (hoy nulidad y restablecimiento artículo 85 del C.C.A.)

Y racionalmente también se llega a la conclusión que la acción propuesta es típicamente contractual, de las reguladas en el artículo 87 del C.C.A.

Basta observar que como consecuencia de la nulidad de los actos que impusieron las multas e hicieron efectiva la garantía de cumplimiento, la parte actora pretende que se declare que el municipio comprometió su responsabilidad al cesar en sus pagos desde el mes de Abril de 1.987.

Por lo demás, cuando en materia contractual se habla de acción de restablecimiento, en relación con actos contractuales, hay que aceptar que se trata de una terminología prestada de la acción regulada en el artículo 85 del C.C.A. dadas las similitudes (que no igualdad) que el petitum presenta en este punto, cuando se impugna un acto contractual con fines resarcitorios.

De lo expuesto se infiere que la acción contractual estuvo bien elegida y que, por lo tanto, no se configuró la ineptitud que alega la señora fiscal colaboradora.

b) Los actos impugnados

En primer lugar, el conformado por las Resoluciones 0446, 0463 y 0516, en su orden expedidas en los días 11 y 15 de junio y 6 de julio de 1.987, por medio del cual se impuso multa a la sociedad contratista y una "pena penal pecuniaria equivalente al 5% del valor total del contrato". Y en segundo lugar, al acto administrativo, conformado por las resoluciones #s. 639 y 0715 dictadas, en su orden, los días 24 de agosto de 1.987 y 17 de septiembre siguiente, por medio del cual se ordena hacer efectiva la

garantía de cumplimiento por un valor equivalente al 10% del valor del contrato de 8 de mayo de 1986.

Pues bien. Estos actos fueron expedidos por la administración en ejercicio de poderes exorbitantes. Y aquí se pregunta la sala: ¿Podía la administración imponer multas cuando ya el plazo contractual estaba vencido? ¿Podía la administración hacer efectiva, mottu propio, la garantía de cumplimiento?

Para la sala y en esto coincide con el tribunal, la primera respuesta es negativa y la segunda requiere algunas precisiones, para evitar equívocos.

Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya icumplimientos parciales o salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse.

Este poder exorbitante de imposición de multas tiene un límite temporal obvio: mientras esté vigente el contrato y la medida pueda producir el efecto deseado (el constreñimiento del contratista), ya que la medida no busca sancionar porque sí sino sancionar para que el contratista que está incumpliendo se sienta compelido a cumplir.

La administración impuso, en el caso subjudice, multas por fuera del límite temporal y al hacerlo afectó la medida de incompetencia ratione temporis.

Muestra el expediente que el plazo contractual venció el 10 de junio de 1.987 y no el 15 de agosto. Se hace esta afirmación porque esta última fecha no puede aceptarse como prórroga del contrato (habría requerido contrato adicional), sino como la fecha límite para la entrega de las obras que el contratista no había entregado cuando terminó el contrato en la fecha mencionada atrás. (ver oficio de 10 de agosto de 1.987 a folio 36).

Sobre los límites temporales de los poderes exorbitantes de terminación, interpretación, modificación, liquidación, incumplimiento e imposición de multas ha tenido oportunidad esta misma sala de pronunciarse en varias sentencias. Así pueden consultarse los fallos de febrero 21 de 1.986 (Proceso 4550), enero 29 de 1.988 (Proceso 3616), abril 9 de 1.992 (Proceso 6491), febrero 15 de 1.991 (Proceso 5973), y mayo 6 de 1.992 (Proceso 6661), entre otros.

Fuera de la incompetencia para la imposición de la multa en razón del vencimiento del plazo del contrato, la sala comparte la reflexión del tribunal en el sentido de que la sanción se decretó también en forma irregular, porque para su imposición no se cumplieron los supuestos exigidos para el efecto en la cláusula décimo quinta del contrato, o sea no existió la evaluación trimestral del programa de trabajo por

parte de la interventoría para concluír que el contrato se venía ejecutando por fuera de sus términos.

c) La declaración de incumplimiento

Fuera de la imposición de las multas, cuyo supuesto fue el incumplimiento parcial, la administración, basada en "evidentes irregularidades en la calidad de los trabajos de conformidad con las estipulaciones contractuales" que condujo a que la obra no se recibiera a entera satisfacción, dispuso hacer efectiva la garantía de cumplimiento otorgada por un valor equivalente al 10% del valor total del contrato (ver resoluciones #s. 639 de agosto 24 de 1.987 y 0715 de septiembre siguiente).

Aquí se pregunta la sala: '¿Podía hecerlo? La respuesta, en principi ›, es afirmativa.

La jurisprudencia de la sala, aunque inicialmente no se aceptaba esa declaración unilateral de incumplimiento sino dentro del término de ejecución del contrato y para imponer multas o declarar la caducidad decidió luego que esa medida podía tomarse también luego de su vencimiento, pero sólo con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. A este respecto puede verse la sentencia de enero 29 de 1.988 (Proceso 3615 Actor: Dario Vargas S. Ponente Carlos Betancur Jaramillo)

De la sentencia citada se destaca:

"Pues bien. Aquí se rectifica la tesis con el siguiente alcance: en los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual, sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

"El fundamento de esta facultad se encuentra en el mandato contenido en el inciso 1o. del artículo 72 del decreto 222 de 1.983 idéntico a la previsión contemplada en el mismo inciso del artículo 61 del decreto 150 de 1.976.

"Dispone aquélla norma:

" "En todo contrato que no fuere de empréstito deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.""

" Pues bien. La doctrina venía tomando este texto en forma recortada. Aceptaba que con la declaratoria de caducidad pudieran hacerse efectivas dicha cláusula y las multas, pero no aceptaba que esas medidas pudieran hacerse efecti-

vas cuando la administración no hiciera el pronunciamiento de caducidad durante el plazo contractual o lo produjera después de su vencimiento y menos que pudiera hacer, vencido el contrato, una declaración de incumplimiento para tales efectos.

"Con esta interpretación se estaba recortando evidentemente el poder de la administración contratante; porque si bien ésta no puede caducar lo ya terminado, nada impide que se pronuncie sobre el incumplimiento del contratista, cuando precisamente el vencimiento del plazo pone en evidencia que ya el contrato no se puede ejecutar en su integridad. En otros términos, cuando el vencimiento del plazo, per se, muestra que hubo un incumplimiento en determinado porcentaje.

"Y todo se debió a una mala interpretación de la ley y como si ésta sólo permitiera la declaración de incumplimiento para efectos de multas, o de caducidad. Ese artículo 72 va más allá y permite ese pronunciamiento con otro fin diferente: el poder hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. En otros términos, ese artículo 72 permite que se haga efectiva la cláusula penal no solo en el evento de la caducidad sino también en el caso de incumplimiento; incumplimiento que debe ser expresamente declarado por la administración.

"Basta releer el texto transcrito para observar esas dos vías para hacer efectiva dicha cláusula penal mediante decisión administrativa. Una, por la vía de la caducidad; y otra, por la del incumplimiento. Estas dos oportunidades no son más que la conclusión de la interpretación racional del extremo subrayado "en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento" Porque, además, aquí la "o" es disyuntiva y tiene que serlo porque la declaración de caducidad no puede confundirse con la de incumplimiento porque en ésta existe sólo un motivo para su declaración (el incumplimiento) mientras que en la de caducidad se pueden dar, además de ese motivo, otros diferentes.

"Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo, porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer.

"En suma, la administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste."

Pero frente al caso *sub-judice*, surge otro interrogante: ¿Podía hacerse esa declaración de incumplimiento, no con la finalidad señalada en el artículo 72 del Decreto

222 de 1.983 (la efectividad de la cláusula penal), sino, pura y simplemente, para hacer efectiva la garantía de cumplimiento pactada en el contrato?

Estima la sala que no. Y su pensamiento ha sido no sólo coherente sino reiterado.

Durante la ejecución del contrato la declaración de incumplimiento sólo puede hacerse para imponer multas o para declarar la caducidad del contrato; y vencido el plazo contractual únicamente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Y esa misma jurisprudencia ha afirmado que si la administración estima que los perjuicios son mayores al valor de esa cláusula penal, no podrá decidirlo unilateralmente sino que tendrá que acudir al juez del contrato. Sobre el alcance de la garantía de cumplimiento y sus efectos en cuanto a la cláusula penal puede verse el fallo de noviembre 22 de 1.989 (Proceso 5253 Actor:Seguros del Comercio,Ponente Carlos Betancur Jaramillo).

La administración se equivocó. Debió en el acto aquí cuestionado Resoluciones 0639 y 0715) hacer efectiva la cláusula penal, Para el efecto no le servía el primer acto mediante el cual impuso las multas Resoluciones 0446, 0463 y 0516). La orden de hacer efectiva la cláusula penal no se puede dar, lo dice el mismo artículo 72 en el inciso 1o. del citado Decreto 222, sino en el acto que declare la caducidad del contrato o en el que declare el incumplimiento definitivo y no dentro de un acto de multa que sólo constata un incumplimiento parcial y que mira a que el contrato se ejecute y no que termine.

No puede olvidarse que los supuestos del incumplimiento son diferentes, ya que uno es el que se exige para las multas (parcial) y otro el que permite hacer exigible la cláusula penal que tiene que ser en todos los eventos definitivos. Si la cláusula penal que se haga efectiva tiene el carácter de pago definitivo aunque parcial, se entiende porque el perjuicio ya se consumió totalmente.

Lo precedente permite concluír que los actos administrativos impugnados deberán ser anulados.

d) La liquidación del contrato

Da a entender el expediente que el contrato de 8 de mayo de 1.986 fue liquidado unilateralmente por la administración. Pero el acto administrativo que lo contiene no fué impugnado. Pese a esto y ante la nulidad que deberá decretarse de los actos impugnados, en dicha liquidación quedarán sin efecto las multas, las cláusula penal pecuniaria y la exigibilidad de la garantía de cumplimiento. Es decir, que deberán hacerse los descuentos correspondientes.

En lo demás, la liquidación quedará en firme.

e) Los perjuicios

En este extremo la demanda fué bastante vaga e imprecisa y ningún esfuerzo se hizo para ponerlos en evidencia. Entonces, con apoyo en el principio de la carga de la prueba, su reconocimiento tendrá que denegarse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Confirmase parcialmente la sentencia de diciembre 18 de 1.990 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia.

En consecuencia:

a) Anúlanse en su integridad las resoluciones #s. 0446, 0463 y 0516, dictadas los días 11 y 15 de junio y 6 de julio de 1.987, por el señor Alcalde de Rionegro, Antioquia.

b) Anúlanse en su integridad las Resoluciones #s 639 y 0715 de 24 de agosto y 17 de septiembre de 1.987, dictadas también por el mismo funcionario.

c) Los valores señalados en los actos que se anulan deberán descontarse del acta de liquidación final del contrato de mayo 8 de 1.986.

d) Deniéganse las demás súplicas.

e) Envíese copia de este proveído al juzgado laboral del Circuito de Rionegro, (Antioquia) en vista del embargo decretado contra la firma demandante (a folio 172).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE .

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 1o. de Octubre de 1.992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria .

ACTO DE ADJUDICACION-Naturaleza/FALSA MOTIVACION/CARGA DE LA PRUEBA.

Aunque si bien es cierto la doctrina ha dicho que cuando el acto debe ser motivado (y el de adjudicación no es la excepción) los motivos se deben expresar en el cuerpo del mismo, no es menos cierto que esa misma doctrina acepta que esa motivación puede aparecer en otros documentos expresamente referenciados, sin que sea menester repetir sus textos. El acto de adjudicación es reglado, pero no está exento de cierto grado de discresionalidad en cuanto a la elección de la propuesta mas conveniente; que implica un concepto valorativo de conjunto. La mejor propuesta o la propuesta más conveniente, cuando se deduce luego de la evaluación de un número plural de criterios, implica la definición de una noción vaga o difusa de contenido discresional.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera
Santafé de Bogotá D.C., Octubre primero (1o) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Ref: expediente No. 6920. Actor: Armando Ordoñez Muñoz

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de julio 18 de 1991 dictada por el tribunal administrativo de Nariño, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Súplicas formuladas así:

"PRIMERA.- DECLARAR QUE ES NULA EN TODAS SUS PARTES la Resolución número 973 del 6 de octubre de 1.989 expedida por el Sr. Alcalde

Municipal de Túquerres - Nariño-, "Por la cual se adjudica un contrato para obras de pavimentación de algunas calles de la Ciudad de Túquerres, correspondiente a la Licitación Pública No. 02 de agosto de 1.989."

"SEGUNDA. Que se declare administrativamente responsable al MUNICIPIO DE TUQUERRES (N) por el daño causado a los demandantes con la decisión detallada en la pretensión anterior."

"II CONDENAS"

"Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de reparación del daño, SE CONDENE a la entidad demandada -Municipio de Túquerres- a reconocer y pagar a los demandantes Srs. ARMANDO ORDOÑEZ MUÑOZ y LUIS EDUARDO SUAREZ DAVID, por concepto de indemnización de perjuicios por la indebida adjudicación de la licitación No. 02 de 1.989 la suma de QUINCE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS NUEVE PESOS ($ 15.634.709.00)., o el mayor o menor valor que resultare probado en el proceso".

"Si no fuere posible demostrar esa cuantía, la condena se hará "in genere" y en la misma sentencia ese despacho determinará las bases para su posterior liquidación, en los términos de los artículos 172 del C.C.A. y 307 y 308 del C. de P.C.".

"SEGUNDA.- Los valores de las sumas de dinero que resulten de la condena recaída en este proceso contra la entidad demandad, serán debidamente actualizados, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A."

"TERCERA.- En firme la sentencia condenatoria que recaiga en el proceso contra la entidad demandada, las sumas liquidadas de los valores de dinero devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177, inciso final, del C.C.A."

"La sentencia deberá ejecutarse en los términos previstos en el artículo 176 del C.C.A."

Como hechos se narraron en la demanda presentada el 26 de enero de 1990, en síntesis, los siguientes:

1) Que luego de los trámites correspondientes a la licitación abierta por el municipio de Túquerres para la ejecución de una obra pública (pavimentación en concreto de unas vías públicas en dicho municipio) el contrato se adjudicó a Alfredo Hinestrosa Salas, proponente que había ocupado el cuarto lugar en la clasificación hecha por la Junta de Licitaciones (acta # 5 de 5 de octubre de 1989).

2) Que en dicha clasificación la demandante ocupó el primer puesto con 97.26 puntos, en contraste con la firma ganadora que sólo obtuvo 92.22 puntos.

3) Que la resolución de adjudicación sólo fue comunicada al demandante el 17 de octubre de 1989, mediante oficio del Jefe de Planeación Municipal (a folio # 100).

4) Que el consorcio demandante sufrió perjuicios en sus intereses económicos, no sólo por haber perdido la expectativa de ganancias, sino porque la maquinaria permanecía inactiva, "desechando ofertas de prestación de otros servicios".

El a-quo, luego del procedimiento propio de la instancia, denegó las súplicas de la demanda. De ese fallo se transcribe el siguiente aparte:

"El Ejecutivo Municipal al adjudicar a Alfredo Hinestrosa Salas el contrato de obras a que se contrajo la licitación pública No. 02 de agosto de 1989, a través de la Resolución No. 973 del 6 de octubre de 1989, ninguna disposición violó sino que por el contrario apoyó su decisión en las antes reproducidas, acogiendo el concepto emitido al respecto por la Junta de Licitaciones."

"Y si bien es cierto que la propuesta presentada por los demandantes fue clasificada como la de mejor puntaje en aplicación del numeral 1.16 del pliego de condiciones, también lo es que finalmente fue descartada por los motivos de conveniencia que se consignaron en las actas Nros. 04 y 05 correspondientes a las sesiones del 27 de septiembre y 5 de octubre de la Junta de Licitaciones.

La resolución de adjudicación se motivó legalmente, entre otros, en el concepto de la Junta de Licitaciones que, al ser acogido por el Señor Alcalde Municipal, también apoya lógicamente su decisión en las razones que tuvieron en cuenta los miembros de esa Junta para emitir su concepto."

"En este mismo sentido ya se pronunció esta Corporación en sentencia del 16 de abril de este año dictada dentro del proceso ordinario propuesto por la "SOCIEDAD DE INGENIEROS CONSTRUCTORES CONSULTORES DE NARIÑO LTDA" "SICCON LTDA.", con ponencia del Dr. EDUARDO CORTES DE LA ESPRIELLA, proceso en el que se pretendía también la declaratoria de nulidad de la resolución No. 973 del 6 de octubre de 1989 de la Alcaldía Municipal de Túquerres, cuando se dijo:

"...".

"Todas las consideraciones que se hicieron constar en el acta Nro. 05 no son otra cosa que el análisis, en el caso concreto de los criterios previstos por el Artículo 33 del Decreto 222 de 1983 que hizo la Junta de Licitaciones, de allí que en las consideraciones contenidas en la Resolución Nro. 973 de 6 de octubre de 1989, objeto de la demanda, el ejecutivo municipal haga referencia al

concepto de la Junta que consta en dicha Acta. La determinación contenida en la Resolución Nro. 973 de 6 de octubre de 1989 es legítima no viola el artículo 33 del Decreto 222 de 1983 sino que se fundamenta en él. Por tanto el Contrato celebrado por el Municipio de Túquerres con el Ingeniero ALFREDO HINESTROSA SALAS en desarrollo de tal Resolución es igualmente válido. No estando ninguno de estos actos afectados de la nulidad invocada en la demanda. Las pretensiones de la demanda en consecuencia habrán de denegarse."

"El Señor Agente del Ministerio Público en apoyo a su petición de denegatoria de las pretensiones de la parte actora, en su concepto de fondo, expresa razones similares a las ya expuestas y que en lo fundamental dicen:

".....".

"Sin embargo, para apararse de la calificación rigurosa, la Administración debe motivar el acto, o manifestar el motivo de esa decisión, la Junta de Adjudicaciones, habiendo acordado en una reunión anterior a la recomendación de adjudicación, solicitar informes sobre el cumplimiento, y una vez allegados dichos informes sobre varios de los licitantes ya calificados, encontró que el Dr. ARMANDO ORDOÑEZ MUÑOZ no había cumplido con los requisitos técnicos en una obra de adoquinamiento en Sandoná, y además, un mismo miembro de la Junta el Señor JUAN TAQUEZ, hace caer en cuenta al resto de los integrantes de la Junta, que el socio de Ordoñez, ya había contratado una vez con el Municipio de Túquerres y no había cumplido con las exigencias técnicas, o sea que: La Junta no solo tenía el oficio de la Alcaldía de Sandoná, sino que por experiencia propia en el Municipio, uno de los integrantes del Consorcio que había obtenido el mayor puntaje había incumplido otro contrato al mismo Municipio. Por ESA RAZON llegaron a la conclusión de QUE NINGUNO DE LOS DOS PRIMEROS era CONVENIENTE para el Municipio. En ésas condiciones, el Alcalde únicamente lo que hizo al dictar la Resolución 973 de 6 de octubre de 1989, fue ESCUCHAR Y OBEDECER la sugerencia hecha por la Junta de Adjudicaciones, mucho debió pesar el ánimo del burgomaestre las constancias sobre incumplimiento anteriores de los dos primeros licitantes mejor calificados y ello llevó a decidir la adjudicación por la Firma que se hallaba en primer lugar de las recomendadas por la Junta de Licitaciones. Además, EL PRECIO que es otro factor que debe analizarse ERA MEJOR el de HINESTROSA que el de ORDOÑEZ - SUAREZ, pues por ése concepto Hinestrosa tenía calificación de 63,22 y Ordoñez calificación de 62.72, pues mientras que HINESTROSA cobraba la suma de $76.516.672,59, ORDOÑEZ cobraba $ 77.071.726,72. Esto UNIDO a las referencias sobre incumplimiento lógicamente que hacían MAS CONVENIENTE la Firma a la que se le adjudicó el contrato. Lo cierto es que, el Actor para lograr la Nulidad de la Resolución de adjudicación además, debía probar que ella se hizo teniendo en cuenta conceptos e intereses AJENOS a la Conveniencia pública de la Administración, en este proceso tal hecho no se ha probado. Al contrario, lo que aparece probado es que tanto la Junta de Licitaciones del Municipio de

Túquerres como su Alcalde agotaron todos los medios para proferir el Acto acorde con las normas legales y guiados por el Concepto de Asesor auxiliar Jurídico del Departamento. Pesó más LA CONVENIENCIA para la Administración, ya que si bien ORDOÑEZ -SUAREZ era la firma mejor calificada, también era cierto, que existían constancias de su incumplimiento, tanto por experiencia directa como por referencias de la Alcaldía de Sandoná. No se ha demostrado entonces, que en el acto de adjudicación, hubiese existido mala fe, o concepto distinto al de LA CONVENIENCIA para el municipio, amén de que el precio era menor. Como lógica conclusión de lo anterior, tendremos que afirmar: Que la adjudicación se hizo conforme a las normas legales (sic), aún la traída por el Art. 33 del Decreto 222 de 1.983, copiada en el Acuerdo y el Decreto enunciados en la demanda, pues todas la disposiciones hablan de LA PROPUESTA MAS FAVORABLE no de la MEJOR CALIFICADA. Y precisamente por lo aquí analizado no podemos concluir que los dos términos son sinónimos."

"Por todo lo anterior, se concluye, que el Sr. Alcalde Municipal de Túquerres, al realizar la adjudicación del contrato a través de la Resolución No. 973 del 6 de octubre de 1989, obró conforme a derecho y por esa razón habrán de despacharse desfavorablemente las súplicas de la demanda."

Descontenta la parte actora con lo así decidido, interpuso apelación y sustentó su recurso mediante escrito que obra a folios 298 y ss.

En dicho escrito anota para finalizar:

"En conclusión, mis mandantes presentaron la mejor propuesta; la más ajustada a las exigencias de los pliegos y la más cercana a la máxima calificación según la TOTALIDAD DE LOS CRITERIOS para la clasificación de las propuestas, cuyo único destino es o debía ser la adjudicación. El Municipio de Túquerres, desconoció esta realidad y adjudicó la licitación, sin ninguna justificación, a la firma que había clasificado su propuesta en el cuarto lugar. El Tribunal, de su parte, reconoció amplias discrecionalidades donde no existen o están restringidas, razón que impone la revocatoria del fallo que censuro, y la decisión favorable a los intereses de mis procurados."

Por su lado el municipio demandado insistió en la confirmación del fallo recurrido. A este respecto observó:

"Obtenida la clasificación de los once proponentes, se reunió la Junta de Licitaciones, con el fin de escoger la propuesta más benéfica para el Municipio. Fué así como en las sesiones de 27 de sept. de 1989 (acta No. 04) y 5 de Oct. del mismo año (acta N. 05) se debatió el tema a profundidad. Se leyeron conceptos técnico-jurídicos, uno de la Oficina Jurídica del Dpto. de Nariño solicitado por la misma Junta, y otro de un distinguido abogado, todos ellos con citas del H. Consejo de Estado tendientes a la favorabilidad de los intere-

ses públicos en juego, y se elevaron críticas a varias de las firmas proponentes, entre ellas, a la firma demandante."

Se dijo allí que uno de los socios demandantes, había incumplido gravemente un contrato de pavimentación de las calles de Sandoná, y se leyó el informe al respecto del señor alcalde de esa ciudad, informe que no deja duda en cuanto al incumplimiento y falta de seriedad del mentado socio; y también se informó sobre irregularidades del otro socio en un contrato con el mismo municipio de Túquerres. Finalmente se consideró que el precio propuesto por la firma Alfredo Hinestrosa era más ventajoso para el Municipio que el solicitado por la firma demandante."

"Apenas lógica y normal la conclusión de la Junta de Licitaciones: La propuesta de la firma Ordoñez Suárez no era conveniente para el Municipio, y por lo mismo fué descartada totalmente."

"Ahora bien: El señor Alcalde no podía de ninguna manera apartarse del criterio razonado y ponderado de la Junta de Licitaciones y adjudicar el contrato a la firma demandante, sin una razón poderosa que avale a la firma excluída, y esa razón no existe."

"Por lo contrario, la única razón que aparece de bulto es la necesidad de librar al Municipio de un desastre contractual."

"Así la Junta obró muy bien, con arreglo al mentado Art. 33, reproducido como norma obligatoria por el Pliego de Condiciones, y el Sr. Alcalde no podía menos de respaldar la decisión de la Junta so pena de incurrir en acto arbitrario. Salió así bien librado el municipio de Túquerres y la sentencia que así lo reconoce debe ser confirmada."

"Por otra parte, no se ha demostrado que la firma Alfredo Hinestrosa, sea inconveniente para los intereses públicos o que alguna vez hubiera incumplido sus compromisos, ni que haya habido irregularidades en el proceso de adjudicación."

Para resolver, se considera:

Para la señora fiscal segunda de la corporación, el fallo merece ser confirmado. De esa visita fiscal, que obra a folios 313 y ss, se destaca:

"La persona encargada de realizar la adjudicación y quien usualmente es la misma que suscribe el contrato, debe ajustarse a los criterios de adjudicación señalados en la ley. Esos criterios están establecidos en el estatuto contractual pertinente y son los mismos para todo tipo de licitaciones, son pautas generales que se deben seguir siempre que se haga una adjudicación. En cambio los

mecanismos de selección de las propuestas pueden variar según el criterio que se adopte en cada caso concreto; de ahí que el pliego de condiciones contenga un capítulo relacionado con el método o fórmulas que se deben aplicar en la escogencia o selección de las propuestas. Estas fórmulas, lo demuestra la práctica, no están dadas en la ley sino que son adoptadas por cada organismo y según el objeto de cada licitación".

"Seleccionar pues las propuestas dentro de las cuales debe hacerse la adjudicación, no puede ser lo mismo que hacer la adjudicación en sí."

"La distinción que hizo el fallador entre seleccionar las propuestas y criterios de la adjudicación, está perfectamente ajustada a los principios y disposiciones que rigen la contratación administrativa. Igualmente es concordante con la interpretación que sobre este tema se venido haciendo la Sección Tercera del Consejo de Estado y que tuvo en cuenta la sentencia del Tribunal, al igual que lo destacan el Fiscal del Tribunal y el ente demandado."

"Volviendo al caso concreto, y como acertadamente lo señala la sentencia apelada, la Junta de Licitaciones, según aparece en las actas correspondientes, tuvo objeciones respecto al cumplimiento de los Actores en contratos anteriores suscritos con la administración; hechos estos que no podían pasar desapercibidos por la Junta cuando la propia norma (art. 33 Acuerdo 010/87 -folio 23 C-1) ordena tenerlo en cuenta, y cuando así lo impone una sana lógica."

"No fue pues caprichosa ni arbitraria la decisión de la administración; las diferentes actas de reunión nos señalan que las propuestas previamente seleccionadas fueron estudiadas por la Junta de adjudicaciones, quien aplicando los criterios de adjudicación que señalan las normas de contratación y considerando los factores allí enunciados como son el precio, plazo, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica etc. etc., adjudicó la licitación a la propuesta más favorable; y sobra decirlo, pero hay que hacerlo, no siempre la propuesta mejor calificada es la más favorable. Un ejemplo claro de ello es precisamente el presente caso."

Para la sala, le asiste la razón a la fiscalía y su concepto serio y razonado merece ser prohijado. En tal sentido, la sentencia del a-quo deberá mantenerse no sólo por encontrarse ajustada a la realidad procesal y sustantiva sino porque acata en un todo la orientación jurisprudencial señalada por la corporación.

La sala ha tenido oportunidad de definir asuntos similares. Y sobre el acto de adjudicación ha venido sosteniendo de vieja data:

"Para la solución de esta controversia cabe recordar algunos aspectos de orden doctrinario, ya decantados por la jurisprudencia de la Sala".

"Así, se ha dicho que el acto de adjudicación de un contrato no es propiamente discrecional, sino reglado y se ha señalado el alcance o la fuerza (vinculante o no) que tienen los conceptos emitidos por los comites asesores de adjudicación que normalmente operan en el seno de la administración."

"A este respecto cabe recordar la jurisprudencia contenida en el fallo de junio 20 de 1983, reiterada con posterioridad en otras sentencias de esta misma Sala. Allí se dijo:

"El proceso de la adjudicación es delicado de por sí. Por esa razón el organismo encargado de hacerla ordinariamente recibe la asesoría de un cuerpo o comité, el que hace una evaluación técnica preliminar."

"El informe de ese comité o cuerpo técnico es de una importancia excepcional, pero no es obligatorio para el funcionario u organismo que adjudica, a menos que el ordenamiento así lo imponga."

"Si fuere obligatorio, por principio, la adjudicación estaría a su cargo y sobraría la decisión final del órgano adjudicante."

"Pero este organismo no puede separarse arbitrariamente o caprichosamente del concepto emitido por su cuerpo asesor. Tendrá que hacerlo en forma razonada, bien cuestionando los criterios técnicos expuestos o bien explicando por qué otros factores, los personales por ejemplo, permiten arribar a una conclusión diferente."

"La decisión sobre adjudicación de un contrato administrativo no es propiamente discrecional - como lo ha dicho en varias oportunidades esta misma Sala - sino reglada, vale decir, ajustada a una serie de factores tanto objetivos como personales o subjetivos que deben pesar razonablemente en toda selección y que tendrán que estar fundados en elementos de convicción que obren dentro del expediente."

"Por eso mismo se ha dicho que juegan en toda selección además de ciertos factores reales (los que ordinariamente califica previamente el comité asesor vbgr. la concordancia o no entre la propuesta y el pliego de condiciones en torno al precio y al plazo), otros no menos importantes que se relacionan con la persona del proponente; su experiencia profesional y su seriedad, sus antecedentes en la ejecución de contratos similares, su capacidad operativa, su buen nombre profesional y comercial, la idoneidad de sus colaboradores, socios o participantes, el hecho de no haber sufrido sanciones anteriores como la de caducidad, etc. etc."

"Estos últimos factores, cuando no se detectan errores en el concepto del comité asesor, son los que permiten muchas veces que el órgano competente adjudique siguiendo un orden diferente al propuesto por aquél."

"El estudio aunado de los distintos factores le permitirá al adjudicante emitir un juicio sobre "la propuesta más conveniente." Esta es una noción jurídica de las conocidas en la doctrina como vaga, ya que carece de definición legal, y que permite a la administración que la aplica su interpretación; interpretación que aunque deja entrever cierto grado de discrecionalidad en la valoración (de antemano y formalmente no se sabe cuál es la propuesta más conveniente) es reglada en el fondo porque tendrá que apoyarse en todos los factores o criterios señalados en el ordenamiento y no en los que quiera caprichosamente evaluar." (Sentencia junio 20 de 1.983 Proceso: 3355, Ponente Carlos Betancur Jaramillo)."

"Además de las ideas que se dejan expuestas, también ha definido la jurisprudencia que el pliego de condiciones es ley del contrato y que la administración que lo desconoce vicia de nulidad no sólo el acto de adjudicación sino el contrato que se celebra con base en él."

Sobre ese mismo tópico la sala en la sentencia de marzo 7 de 1.985, sostuvo ideas similares, así:

"Ha dicho la jurisprudencia que la adjudicación de una licitación si bien es un acto reglado no esta exenta de cierta dosis de discrecionalidad. Y es reglado porque la administración se tiene que ajustar para hacerla a una serie de requisitos previos, impuestos por la ley de contratación pública. Requisitos que una vez reunidos deben evaluarse en su conjunto para lograr definición de lo que para la entidad pública constituye "la mejor propuesta".

"Y es en este extremo en el cual juega la discrecionalidad administrativa, por la dosis de conveniencia para los intereses generales que entran en juego."

"Y este factor es precisamente el que debe desvirtuar el licitante vencido que aspira a obtener éxito en la contienda jurisdiccional frente a los otros proponentes calificados. Desvirtuación que no es legal y que no puede limitarse a simples afirmaciones, sino que debe tener su apoyo en pruebas legalmente incorporadas el proceso que evidencien la apreciación errónea de la administración."

Aplicando estas pautas jurisprudenciales al caso concreto aquí estudiado, resulta:

La Junta de licitaciones del municipio demandado, luego de estudiar las propuestas que concurrieron calificó como admisible las presentadas en el siguiente orden, con su correspondiente puntaje:

1. Consorcio Ordoñez-Luis Suarez ..... 97.26 pts.
2. Silvio Palacios Palacios ..... 96.85 pts.

3. Siccon Ltda. ..... 92.96 pts.
4. Alfredo Hinestrosa Salas ..... 92.22 pts.
5. Mauro Armando Morales ..... 89.99 pts.
6. Consorcio Perez-Aida Martínez ..... 88.69 pts.
7. Edificar Ltda. ..... 5.35 pts.

El alcalde mediante resolución # 973 del 6 de octubre de 1989 (el acto aquí impugnado) adjudicó el contrato a Alfredo Hinestrosa S, por cuanto consideró, una vez analizadas y estudiadas las distintas propuestas, tal como consta en el acta # 05 de septiembre del mismo año (debe entenderse de octubre), que la más favorable para el municipio había sido la presentada por el mencionado ciudadano.

El acto de adjudicación se entiende bien motivado, como lo exige la ley en estos eventos, pese a que su considerando no sea muy explícito porque hay que entender incorporada a su motivación las razones analizadas en la reunión de la Junta de Licitaciones del día 5 de septiembre de 1989 (ver acta # 05).

La voluntad de la administración de incorporar en la motivación el análisis hecho en la mencionada Junta es inequívoca, tal como se infiere del siguiente aparte:

> "Que una vez analizadas y estudiadas las propuestas, los miembros de la Junta de Licitaciones emitieron su concepto, según consta en el Acta número 05 del cinco (5) de septiembre del año en curso, considerando que ALFREDO HINESTROSA SALAS presentó la propuesta que se estima más favorable para el Municipio y se considera que estaría en segundo lugar la firma SICCON LTDA."

Aunque si bien es cierto la doctrina ha dicho que cuando el acto debe ser motivado (y el de adjudicación no es la excepción) los motivos se deben expresar en el cuerpo del mismo, no es menos cierto que esa misma doctrina acepta que esa motivación puede aparecer en otros documentos expresamente referenciados, sin que sea menester repetir sus textos.

Lo precedente permite a la sala estudiar la argumentación que le sirvió de base al señor alcalde de Túquerres para hacer la adjudicación y que aparece reseñada en las actas de la Junta de Licitaciones #s 4 y 5; organismo presidido por él mismo.

En esas actas se explica suficientemente por qué se le adjudicó a Hinestrosa Salas y no al Consorcio calificado en primer lugar. Primer lugar que aunque le abre una expectativa mejor al así calificado, no impone forzosamente la adjudicación a su favor. Si así lo fuera, la adjudicación no sería realmente el alcalde (el único competente) sino la Junta de Licitaciones, contrariándose así la ley del contrato (acuerdo 10 de 1987 Art. 34). Junta que actúa en la adjudicación como comité asesor y nada más.

Si el acto de adjudicación estuvo adecuadamente motivado (entendiendo que esa motivación comprende también los razonamientos expuestos en el acta de la Junta) incumbíale a la parte actora la carga de la prueba del vicio, vale decir que no era cierto lo afirmado por algunos miembros de la Junta en el sentido que había incumplido contratos anteriores, entre estos, uno de obra pública que celebró con el municipio de Sandoná. Se hace referencia al incumplimiento del señor Luis Eduardo Suarez D.

Si a lo anterior se suma que entre las cuatro propuestas no hubo una diferencia fundamental en puntos (5 puntos entre la primera y la última) era fácil pensar que el factor cumplimiento en contratos anteriores sì incidera en la adjudicación hecha. Criterio éste que no se desvirtuó por quien tenía la carga de hacerlo, o sea la demandante.

En Síntesis:

a) El acto de adjudicación es reglado, pero no está exento de cierto grado de discrecionalidad en cuanto a la elección de la propuesta más conveniente; que implica un concepto valorativo de conjunto. La mejor propuesta o la propuesta más conveniente, cuando se deduce luego de la evaluación de un número plural de criterios, implica la definición de una noción vaga o difusa de contenido discrecional.

b) La mejor propuesta, según la calificación del comité asesor, no siempre es la calificada en primer lugar. Recuérdese que la adjudicación no la hace ese comité o junta asesora, y que su calificación no es obligatoria.

c) Jugó en la adjudicación el criterio del cumplimiento en contratos anteriores y se le imputó incumplimiento al Consorcio demandante, sin que éste, hubiera demostrado lo contrario. A él le incumbía la carga de la prueba.

d) El acto de adjudicación sí fue motivado y por esa motivación se entiende no sólo la incluída en la resolución impugnada, sino la detallada en las actas 4 y 5 de la Junta de Licitaciones.

Por lo expuesto y de acuerdo con la fiscalía de la corporación, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de 18 de julio de 1991 dictada por el Tribunal administrativo de Nariño.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 1 de octubre de 1.992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza del acto de adjudicación se reiteró, además, lo dicho en sentencias de junio 20 de 1983, Exp. 3355. Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO y la de marzo 7 de 1985.

RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA/FALLA DEL SERVICIO JUDICIAL/ERROR JUDICIAL.

La omisión es de mayor contenido de administración penitenciaria que judicial, por cuanto la negativa a reconocer la suspensión de la medida preventiva implicaba el manejo del detenido en el centro de reclusión, mediante una serie de recomendaciones y orientaciones para cumplirse en la cárcel por quienes tenían bajo su custodia al detenido. Si bien, el Consejo de Estado se ha mostrado renuente a declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio judicial, considera la Sala que tal posición jurisprudencial no puede ser tan inflexible ni volver la espalda a determinadas realidades de equidad y justicia en cuanto se trata de resarcir los perjuicios ocasionados con acciones y omisiones escandalosamente injurídicas y abiertamente ilegales, ocurridas en la prestación de dicho servicio. Desde luego no se trata de reconocer responsabilidad administrativa a cargo del Estado como consecuencia de una fallo, sentencia o providencia definitivas y con efectos de cosa juzgada, por la simple equivocación conceptual en que pueda incurrir el juzgador. Al contrario, se trata de que los administrados conozcan que cuando sus jueces incurren en eventuales conductas abiertamente contrarias a derecho y generadoras de daños y perjuicios materiales y morales, junto con su personal responsabilidad, originan también en el propio Estado la obligación resarcitoria.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., primero de Octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

REF: Expediente No. 7058. Actor: Carmen Aminta Escobar Mejía y otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 6 de Septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso: "NEGAR las pretensiones de la demanda y condenar en costas a las actoras". (F. 56).

I. ANTECEDENTES

1o. La Demanda

Carmen Aminta Escobar Mejía y Yolanda Escobar de Burgos, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra la Nación - Ministerio de Justicia, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que la NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA-, es administrativamente responsable de la muerte del Señor FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ, cuando se encontraba detenido a órdenes del Señor Juez Segundo de Orden Público de la ciudad de Ibagué; b) Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA- a pagar todos los perjuicios morales equivalentes a mil gramos (1.000grs.) oro para cada una de mis mandantes en el momento de la ejecutoria de la sentencia y los perjuicios materiales consistentes en los gastos de funerales y el traslado del cadáver a la ciudad de Honda ocasionados con la muerte del Señor FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ; c) Que se prevenga a LA NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA- sobre el cumplimiento de la sentencia en los términos previstos en el artículo 176 y ss. del C.C.A.".

2o. Los Hechos

Aparecen relacionados así en la demanda:

"1o.- Por orden del Juzgado 101 de Instrucción Penal Militar, la casa del Señor FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ, ubicada en el municipio de Honda, fué registrada, hallándose en ella algunas armas.

"2o.- En el oficio remisorio emanado del Juzgado anotado en el hecho anterior, dirigido al Cuerpo Técnico de la Polocía Judicial donde se pone a su disposición el Señor FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ, se advierte que tiene sesenta y cinco (65) años de edad, sufre de deficiencia cardíaca y diabetes y está en tratamiento médico.

"3o.- Ante el Juzgado 38 de Instrucción Criminal, el Señor FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ rindió indagatoria y al resolvérsele su situación jurídica se le ordenó medida de seguramiento consistente en caución prendaria.

"4o.- En providencia de noviembre 7 de 1989, el Juzgado que instruía el proceso contra el Señor FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ, ordenó remitir las diligencias practicadas al Juzgado de Orden Público.

"5o.- Repartido el proceso, le correspondió al Juzgado Segundo de Orden Público, el que revocó la medida de aseguramiento de caución prendaria y ordenó la detención preventiva del Señor FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ, a pesar que en el proceso ya existía el antecedente y la prueba de que el sindicado era mayor de sesenta y cinco (65) años, sufría de arrítmia cardíaca y diabetes.

"6o.- El 20 de noviembre de 1989 en las horas de la tarde el Señor FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ se presentó voluntariamente al Juzgado.

"7o.- Según consta en el sumario adelantado por el Juez Segundo de Orden Público el sindicado ya varias veces mencionado no tenía antecedentes penales ni de policía.

"8o.- El apoderado del sindicado en el proceso a que nos venimos refiriendo solicitó la suspensión de la detención en razón del grave estado de salud en que este se encontraba.

"9o.- El Juez Segundo de Orden Público determinó que al sindicado se le practicara un reconocimiento médico y mediante oficio No. 3301 de Diciembre 4 de 1989 el Instituto de Medicina Legal de esta seccional, dio un dictamen provisional en el cual se decía que el Señor FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ estaba aquejado de grave enfermedad.

"10o.- Nuevamente el sindicado es sometido a reconocimiento médico y en oficio No. 3304 de diciembre 6 de 1989, Medicina Legal reafirmó su concepto y pide se le practiquen exámenes de laboratorio al Señor ESCOBAR SANCHEZ y ordena cuidado especial para el paciente.

"11o.- El apoderado del sindicado insiste en la petición de suspender la detención y acompaña certificado del Jefe de la Unidad local del Hospital San Juan de Dios de Honda, en la que aparece que el Señor FABIO ESCOBAR SANCHEZ estuvo hospitalizado en el citado centro hospitalario los días 4 al 7 de marzo de 1989, habiendo sido su diagnóstico que sufría de DIABETES MILLITUS, INSUFICIENCIA CARDIACA CONGESTIVA, INFECCION URINARIA Y BRONQUITIS.

"12o.- Nuevamente el Juzgado Segundo de Orden Público, ya con los exámenes de laboratorio, ordenó un nuevo reconocimiento médico para establecer si el sindicado se encontraba en inminente peligro de muerte.

"13o.- Practicado el reconocimiento médico, la Oficina de Medicina Legal conceptúa que el paciente FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ, está afectado de grave enfermedad (DIABETES MILLITUS, ARRITMIA CARDIA-

CA) pero su cuadro clínico no permite afirmar que se encuentre en inminente peligro de muerte.

"14o.- El Juez Segundo de Orden Público, niega de nuevo la suspensión de la detención del sindicado por no encontrarse en las postrimerías de su vida.

"15o.- El 16 de Enero de 1990 sin que se hubiera ordenado la suspensión de la detención, el Señor FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ, muere a causa de sus dolencias.

"16o.- La muerte del Señor FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ le ha causado a mis mandantes sus hijas, graves perjuicios económicos y morales, éste último evidente.,

"17o.- Como el Señor FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ no tenía familiares ni amigos en la ciudad de Ibagué, su cadáver fué llevado hasta Honda para recibir sepultura".

3o. Actuación Procesal

Admitida la demanda, fue notificado el Ministerio de Justicia por intermedio del Jefe de la Seccional tolima del Instituto de Medicina Legal. El Ministerio aludido constituyó apoderado, quien en memorial de folios 32 a 36 contestó el libelo demandatorio.

El ente demandado se opuso a las pretensiones de las actoras. Considera que la responsabilidad derivada del artículo 16 de la carta no puede ser absoluta "por cuanto conduciría a sentar bases para alegar (sic) al estado (sic) a responder, indemnizando a diario a todo deudo de víctimas de muertes que en forma violenta o natural ocurren a cada instante en el territorio nacional".

De otra parte, afirma, que la actividad legislativa por ser general, impersonal y una manifestación de la soberanía del Estado no origina responsabilidad." y el acto jurisdiccional, las sentencias o demás actos de la administración de justicia por gozar de la famosa característica de cosa juzgada se ha afirmado que no puede generar responsabilidad en contra del Estado". Sostiene que la muerte del detenido Fabio Escobar Sánchez "ocurrió como consecuencia de la enfermedad que padecía... y también no se puede recurrir al argumento de culpabilizar al Juez Segundo de Orden Público de Ibagué, por cuanto se ha tenido que ceñir a las normas legales en su proceder judicial, sería una responsabilidad personal y no del Estado Colombiano..." Recuerda que según sentencia de 27 de octubre de 1972 el Consejo de Estado sostuvo que "la responsabilidad de la administración por actuaciones judiciales no ha sido reconocida aún por nuestras leyes ni por la jurisprudencia". Considera que cuando más, en el caso examinado de acuerdo con el artículo 40 del C. de P.C. podría pensarse en una responsabilidad del funcionario y no del Estado.

Agotado el período probatorio, se dispuso el traslado para que las partes y el Ministerio Público presentaran sus alegatos. La demandada, en escrito visible a los

folios 41 a 43 reitera los planteamientos expresados en la contestación de la demanda. La parte actora guardó silencio y la Fiscalía Primera del Tribunal se pronunció en contra de las pretensiones de la demanda porque consideró que la negativa de la suspensión de la detención no originó el fallecimiento, a más de no encontrarse demostrada procesalmente la causa de la muerte de Escobar Sánchez.

4o. La sentencia recurrida

Se dice en la decisión cuestionada que sobre la responsabilidad por el servicio de la Administración de Justicia, el Consejo de Estado ha considerado que la acción no es procedente. En los siguientes apartes del fallo censurado se compendían los fundamentos del fallador de primera instancia para negar las súplicas de la demanda.

> "Si de falla del servicio se trata debe existir una relación de causalidad entre el proceder de la Administración y el daño causado esto es, entre la negativa del juez a suspender la detención precautelativa y la muerte del señor Fabrio Efraín Escobar Sánchez e inclusive bien puede darse el caso de que él se haya equivocado al tomar la decisión adversa exigiendo el cumplimiento de requisitos que la Ley no consagra pero esto por si solo no nos conduciría a la afirmación de una responsabilidad estatal porque no es ello lo que ha podido ser determinante o definitivo para la muerte de esa persona, correspondiéndole a los accionantes acreditar plenamente en este proceso dicho aspecto es decir que el fallecimiento ocurrió no estando en la cárcel, sino porque por estar allí no se le pudo dar la asistencia médica y hospitalaria requerida con las cuales no hubiese muerto y esto en verdad no aparece siquiera anunciado y sólamente se atribuye la falta del servicio público por la violación de una norma por parte del juez cuando, ya como se dijo, ella sola no completaría los elementos que le corresponden a esta acción resarcitoria.
>
> "Por otra parte tampoco aparece el dictamen del médico forense sobre el estado de salud en que se hallaba el procesado que es, ese sí, un requisito que establece el artículo 432 del C. de P. Penal para que se pudiera proceder a la suspensión de la privación de la libertad y aún estándolo, e inclusive ateniéndonos a lo dicho sobre el particular en las providencias que resolvieron desfavorablemente esas solicitudes y se tuviera por suficientemente acreditado que el investigado sufría de grave enfermedad, se volvería a lo dicho al principio de que esto se quedaría en la infracción o desacato a la Ley por parte del juez lo cual no resulta suficiente para endilgarle una responsabilidad a la Administración Pública porque el daño no está en que se haya mantenido a esta persona en detención sino que por estarlo falleció a consecuencia de esa grave enfermedad y que por tal razón no fué oportuna o debidamente asistido y esto lo llevó a la muerte".

5o. La apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior. Censura esta decisión por cuanto "No hubo el menor análisis probatorio y en cambio sí se

nota un reprochable exceso de rigorismo formal..." Afirma que la equivocación del Juez no fue de la ordinarias equivocaciones en que a diario incurren los jueces y que darían lugar a que el más mínimo error originara una acción de reparación directa, sino que en el caso examinado "se trata de una conducta de la Administración de Justicia que cualquiera censuraría y que causó un grave e injustificado daño moral a mis mandantes, porque no es solo la muerte de un ser querido lo que causa dolor, sin duda causa más dolor verlo sufrir, tratar de aliviar o aminorar su sufrimiento y no poder hacerlo ante una conducta manifiestamente arbitraria y no una simple equivocación del juez como afirma el ponente".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala encuentra debidamente acreditados los siguientes puntos:

1. El matrimonio de Fabio Efraín Escobar Sánchez y María Luisa Mejía López. (F.3).

2. El nacimiento de Carmen Aminta y Martha Yolanda Escobar Mejía, hijas de la anterior pareja. (Fls. 4 y 5).

3. El nacimiento y la defunción de Fabio Efraín Escobar Sánchez (Fls. 2. c.2 y 7 del cuaderno principal).

4. Providencia del juzgado 38 de Instrucción Criminal mediante la cual dispuso medida de aseguramiento (caución prendaria) contra el hoy occiso Escobar Sánchez. (Fls. 3 a 6 c.2).

5. Providencia del Juzgado Segundo de Orden Público mediante la cual se revocó la medida de aseguramiento anterior y se le impuso al procesado la detención preventiva por el supuesto punible de fabricación y tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional. (Fls. 7 c. 10 c.2).

6. Carencia de antecedentes judiciales de Fabio Efraín Escobar Sánchez. (Fls. 12 a 16 y 26 a 35 c.2).

7. Auto del Juzgado Segundo de Orden Público del Tolima que niega de plano la suspensión de la medida de aseguramiento. Diciembre 12 de 1989. (Fls. 17 y 18 c.2).

8. Auto del 4 de enero de 1990, del Juzgado Segundo de Orden Público, mediante el cual se negó la suspensión de la detención. (Fls. 20-21 c.2).

9. Memorial de apelación contra el auto anterior, interpuesto por el Fiscal Primero de Orden Público contra el auto anterior. (Fls. 22 a 25).

10. Oficio de Medicina Legal sobre imposibilidad de efectuar Estudio anatomopatológico en las muestras de cerebro, corazón, bazo y riñón de Escobar Sánchez. (Fl. 37 c.2).

11. Oficio de Patología Forense en el que se informa "que las vísceras no se procesaron en su totalidad por estar subfijadas (podridas)". (Fl. 38 c.2.).

12. Oficio de Medicina Legal al Tribunal Administrativo del Tolima, donde se informa que las muestras viscerales no fueron procesadas y solicita "de ser posible nos sean enviados los apartes sumariales relativos a las circunstancias de la muerte para tratar de establecer la causa del deceso con mayor aproximación". (Fl. 39 c.2).

Considera la Sala que la cuestión debatida se concreta en determinar si la omisión o negativa del funcionario de orden público a suspender la detención preventiva de Fabio Efraín Escobar Sánchez, concurrió o influyó en su fallecimiento y, si tal comportamiento omisivo constituyó una falla en el servicio que apareje responsabilidad a cargo de la administración.

Con relación a la decisión inicial del Juzgado Segundo de Orden Público del Tolima, advierte la Sala que se ajustó a lo estipulado en las normas de procedimiento penal que prohiben conceder libertad provisional, condena de ejecución condicional, libertad condicional o rebaja de pena a los presuntos responsables del punible de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, de acuerdo con los dispuesto en el Decreto 2490 de 1988, en concordancia con el artículo 13 del Decreto 180 del mismo año. La naturaleza del hecho y las normas reguladoras eran los suficientemente claras para entender que no había lugar a la medida de aseguramiento decretada inicialmente (caución) y que, consecuencialmente, se imponía la decisión detentiva adoptada por proveído del 17 de noviembre de 1989, en el sentido de retener físicamente al imputado.

Ahora bien, solicitó el defensor del detenido Escobar Sánchez la aplicación del artículo 432 del C. de P.P., para que se suspendiera la medida de aseguramiento de detención preventiva, con fundamento en los numerales 1. - edad superior a 65 años - y 3. "cuando el procesado sufriere grave enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales".

Frente a la anterior petición, el Juzgado de Orden Público, no obstante que "se allegaron al plenario, dos experticios Médicos Legales expedidos por el Instituto de Medicina Seccional Tolima", en uno de los cuales se afirma que el detenido "padece grave enfermedad de origen diabético con sinomatología crónica" y en el otro "informan los reportes de laboratorio y fórmulas, *concluyendo que el paciente se encuentra afectado de grave enfermedad; haciéndose necesario que se surta el control médico con el complemento de la historia clínica subsiguiente,* adjuntándose los reportes recientes de estudio de laboratorio, tales como curva de glucosa, glicemia, glicosurias y estudios de sangre para su diagnóstico definitivo", concluyó que lo anterior era

incompleto y por ello se abstuvo "de resolver por el momento" la solicitud de suspensión. Agrega que: "tampoco menciona que el paciente se encuentra en estado inminente de muerte". (subraya la Sala).

Al aportar el defensor el examen de laboratorio de curva de glicemia, el Instituto de Medicina Legal, dice el Juzgado "en su concepto No. 3527, fechado el veintinueve de diciembre pasado, dictamina que FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ está afectado de grave enfermedad, pero que su cuadro clínico no permite afirmar que se encuentre en inminente peligro de muerte".

Lo anterior permitió al Juzgado considerar "que no se hace viable en este momento procesal y clínico, la suspensión de la detención,... Teniendo en cuenta que su padecimiento puede ser tratado internamente en el Centro Carcelario... Es más, el dictamen médico en ningún momento nos señala que su enfermedad lo lleve a encontrarse en las postrimerías de su vida, pues su cuadro clínico no permite hacer tal afirmación...." Concluyó, pues, el juez de orden público, que debía oficiar a la Dirección de la Cárcel del Distrito "para que se tenga especial consideración en el tratamiento médico aplicado al interno ESCOBAR SANCHEZ, amén de los servicios profesionales particulares que le pueden ofrecer..." y deniega la solicitud de suspensión.

Fue el Fiscal Primero de Orden Público quien apeló la decisión anterior y fundamentó su inconformidad, con razones jurídicas que la Sala comparte, en los siguientes términos:

"Esta Agencia Fiscal no comparte los planteamientos esbozados en la providencia que hoy recurro. Sea el momento para indicar que la norma que trata sobre la suspensión de la detención preventiva, lo es la 432 de nuestro Estatuto Procedimiento Penal, y contiene tres (3) requisitos, siendo para el caso que nos ocupa importante resaltar dos (2) de ellos.

"Nos ubicamos en el 3o que reza: "... Cuando el procesado SUFRIERE GRAVE ENFERMEDAD (May. mías), previo dictamen de los médicos oficiales ..." En la providencia que ataco, en una u otra forma está admitiendo que la enfermedad que adolece el encartado, es grave; pero por cuanto que no se encuentra en las postrimerías de su vida, es por ello que resuelve denegar esta suspensión. El numeral 3o de la norma que cito, en ningún momento deja vislumbrar un peligro inminente de muerte como causal para suspender la medida cautelar; tan solo basta con que el procesado sufriere grave enfermedad.

"Este requisito está plenamente identificado con los dictámenes previos de los forenses y que obran dentro del proceso; al folio 191 a 193 del Cuaderno Principal se aprecia un primer dictamen en donde refiere que Fabrio Efraín Escobar Sánchez tiene una edad de 65 años y en su parte pertinente se lee: "... dado que falta aún el diagnóstico para-clínico o de laboratorio se establece en forma provisional que el paciente sufre GRAVE ESTADO DE ENFERME-

DAD (May. mías), de origen diabético con sintomatología crónica..." Luego en dictamen de folio 194 a 195 del mismo cuaderno, en su parte pertinente el forense concluye: "... el paciente se encuentra afecto de GRAVE ENFERMEDAD actualmente..."; este dictamen está calendado el seis (6) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1.989).

"Después de anexarse al proceso certificaciones sobre hospitalización del encartado en cetros de la ciudad de Honda, fórmulas médicas del mismo, exámenes de laboratorio clínico en número de nueve (9), más otro sobre curva de glicemia, finalmente concluye el forense en los siguientes términos. "...Se confirma que el paciente está afectado de GRAVE ENFERMEDAD (May. mías) (diabetes Mellitus-arritmia cardíaca)...".

"Basta nada más con la observancia de los tres (3) dictámenes médico-legales que me he permitido transcribir en comillas, para concluir que efectivamente el encartado Fabio Efraís Escobar Sánchez sufre una grave enfermedad, lo que indica que a todas luces se relieva la existencia del tantas veces citado numeral 3o del artículo 432 de nuestro Estatuto Procedimental Penal. La norma en ningún momento exige que para suspender la determinación, el afectado tenga que encontrarse "en las postrimerías de su vida", como así lo exige en la providencia que recurro. Que recuerde esta Fiscalía, para mayor ilustración, el inminente peligro de muerte lo exigía el numeral 2o del artículo 673 del derogado Decreto 409 de 1971, el cual exigía esta condición pero para ascendientes o descendientes en primer grado del encartado o su cónyuge, en concordancia con el 452 de ese mismo derogado. En síntesis, nuestro procedimiento vigente exige, se repite, "GRAVE ENFERMEDAD", previo dictamen de los médicos oficiales. No se requiere mayor estudio para colegir que efectivamente el encartado Escobar Sánchez si es acreedor al beneficio de la Suspensión de la Detención Preventiva.

"Como si fuera poco, estudiado el proceso vemos cómo al folio 57 del Principal aparece la partida eclesiástica correspondiente al encartado, la que debe admitirse como prueba por cuanto que su nacimiento lo es antes del año de 1.939, en donde aparece nacido el diecinueve (19) de febrero de mil novecientos veinticuatro (1.924), lo que indica que para el día de hoy cuatro (4) de enero de mil novecientos noventa (1990), éste tiene una edad de sesenta y cinco (65) años, diez (10) meses, dieciseis (16) días.

"El numeral primero de la misma norma, 432 ibídem, exige también como requisito, diferente el ya analizado, para suspender la detención, el que el procesado fuera mayor de 65 años, siempre que su personalidad y la naturaleza y modalidad del hecho punible hagan aconsejable la medida".

Las apreciaciones que le Ministerio Público hiciera al sustentar la apelación, sin duda se ajustan a un correcto y, justo entendimiento de las normas invocadas por la defensa para solicitar la suspensión de la medida de detención. Los fundamentos de

hecho resultaban evidentes y ostensibles, porque la existencia y gravedad de las enfermedades que aquejaban al detenido Escobar Sánchez eran indubitables, como, en efecto, el mismo juzgado lo reconoció. Así pues, para la Sala no queda duda alguna acerca de que el aludido procesado sufría "grave enfermedad". Otra cosa, muy distinta desde luego, y que sirvió de fundamento para no acceder a suspenderle la medida de detención, era que Escobar Sánchez se encontrara "en estado inminente de muerte" o "en las postrimerías de su vida", como arbitraria e ilegalmente lo exigió el Juez de Orden Público para impedirle la prosperidad de su petición, con requisitos o exigencias no contempladas en numeral 3 del artículo 432 del Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, aunada a la actuación del juzgador, cabe resaltar la conducta ineficaz e irregular del Instituto de Medicina Legal para evacuar la prueba a su cargo. En efecto: Escobar Sánchez falleció el 17 de enero de 1990 y es de suponer que los órganos cuyas partes se iban a examinar, fueron remitidos en el mismo mes a Medicina Legal. Sin embargo, casi 10 meses más tarde, el Instituto de Medicina Legal, Seccional Tolima le informa al Tribunal Administrativo que "no ha recibido el resultado del estudio anatomopatológico en las muestras de cerebro, corazón, bazo y riñón del occiso..." advirtiendo que "se oficiará nuevamente a la Sección de Patología Forense de la Dirección General de Medicina Legal en demanda de dicho resultado", cuando, quien suscribió el anterior oficio, debió haber recibido casi con cinco meses de anterioridad el informe de "que las vísceras no se procesaron en su totalidad por estar subfijadas (podridas)", en otras palabras, el médico forense de Ibagué le dice al Tribunal que espera el resultado de unos exámenes que desde hacía casi cinco meses la Seccional del Tolima había recibido, pero "por omisión del funcionario que recibió el oficio... éste no fue puesto a mi disposición", según pretende tardíamente aclarar el aludido médico.

En las condiciones que se acaban de relacionar considera la Sala que en el caso bajo estudio hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa a cargo de la Nación por deceso vital del detenido Escobar Sánchez, atemperada en su cuantum como adelante se precisará.

Cabe resaltar precisamente el comportamiento asumido por esta persona desde el momento mismo de su captura, hasta su fallecimiento. Procesalmente se muestra a un individuo sin antecedentes judiciales de ninguna naturaleza, conforme lo acreditan las numerosas constancias que sobre el particular se encuentran en el cuaderno número dos. Así mismo, ningún tipo de resistencia opuso cuando fue capturado y espontáneamente confesó ser propietario de las armas que le fueron encontradas en su casa de habitación, quien además voluntariamente se presentó para cumplir la detención, actitudes éstas que muestran a un ciudadano normal y corriente, antes que a un presunto traficante de armas. Se hace esta observación con miras a facilitar el entendimiento de que su comportamiento social no constituía barrera razonable para negarle la suspensión de su detención.

De la actuación penitenciaria

Se cuestiona la actuación cumplida por el Juzgado de Orden Público por cuanto a consecuencia de la misma resultaron perjudicadas las demandantes; fue una omi-

sión de mayor contenido de administración penitenciaria que judicial, por cuanto la negativa a reconocer la suspensión de la medida preventiva implicaba el manejo del detenido en el centro de reclusión, mediante una serie de recomendaciones y orientaciones para cumplirse en la Cárcel por quienes tenían bajo su custodia al detenido. La determinación del Juez de Orden Público no definía derecho alguno, no disponía la captura o privación de libertad, no calificaba el sumario, no producía medida de enjuiciamiento, ni sobreseía, no cesaba el procedimiento, ni imponía condena, ni absolvía. En otras palabras, el proveído que negó la suspensión del auto de detención, no juzgaba ninguna conducta; apenas sometía al régimen penitenciario-administrativo al detenido y las determinaciones anexas a la decisión censurada eran de orden administrativo, para que el Director de la Cárcel "tenga especial consideración en el tratamiento médico aplicado al interno ESCOBAR SANCHEZ, amén de los servicios profesionales particulares que le puedan ofrecer o le estén ofreciendo..

Si bien, el Consejo de Estado se ha mostrado renuente a declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio judicial, considera la Sala que tal posición jurisprudencial no puede ser tan inflexible ni volver la espalda a determinadas realidades de equidad y justicia en cuanto se trata de resarcir los perjuicios ocasionados con acciones u omisiones escadalosamente injurídicas y abiertamente ilegales, ocurridas en la prestación de dicho servicio. Desde luego, no se trata de reconocer responsabilidad administrativa a cargo del Estado como consecuencia de un fallo, sentencia o providencia definitivas y con efectos de cosa juzgada, por la simple equivocación conceptual en que pueda incurrir el juzgador. Al contrario, se trata de que los administrados conozcan que cuando sus jueces *incurren en eventuales conductas abiertamente contrarias a derecho* y generadoras de daños y perjuicios materiales y morales, junto con su personal responsable, originan también en el propio Estado la obligación resarcitoria. Las situaciones, desde luego, tienen que ser muy especiales y corresponden a determinaciones también muy especiales, de aquellas en que por ser tan ostensible y manifiestamente errado el comportamiento del Juez, con su proyección hacia los asociados, ocasione perjuicios graves como el fallecimiento de una persona y su significación patrimonial, económica y moral en su parentela.

Ahora bien, en el caso bajo estudio se contempla no simplemente el contexto de una decisión contraria a lo establecido en la norma. Es que además de la negativa a suspender el estado material de detención, (no la providencia porque el auto de detención permanecía vigente), implicaba, para este preciso caso, la disposición del detenido y con ella la obligación de prestarle los servicios necesarios para conservar su vida y su integridad; obviamente tales compromisos no se cumplieron, no se permitió la suspensión de la medida cautelar a pesar de su edad y de su "grave enfermedad"; no se le prestó la atención médica adecuada, no se dieron las condiciones ambientales propias para una persona aquejada de graves enfermedades, omisiones todas derivadas de la errada e inoportuna decisión, desde el punto de vista administrativo, tomada por el Juez de Orden Público. Al menos, desde el punto de vista probatorio, la demandada no hizo el más mínimo esfuerzo para demostrar la realización de conductas contrarias a dichas omisiones.

Estas apreciaciones las hace la Sala por cuanto la entidad demandada en forma alguna demostró que al recluso enfermo se le hubieran prestado los servicios de drogas, medicina y atención profesionales para cuidarlo en su salud y prevenir las gravísimas consecuencias de no poderlo asistir por fuera del centro de reclusión. Cabe en tal sentido, aplicar el mismo criterio que recientemente adoptó la Sala para la valoración probatoria en aquellos asuntos relacionados con la responsabilidad médica de la administración. En efecto, dada la dificultad que tienen los familiares y desde luego la imposibilidad de la víctima para probar la desatención médico-administrativa, facilitada en cambio para el ente estatal, que supuestamente suministra las drogas, presta atención médica y profesional, procura y brinda los medios necesarios para la recuperación del recluso, queda a su cargo comprobar la realización y cumplimiento de tales servicios. En el caso bajo estudio el ente demandado no probó el cumplimiento de esas obligaciones, de tal forma que procesalmente se ignora si por causa de la negativa a suspender la detención, el enfermo Escobar Sánchez recibió los cuidados necesarios para conservarle su ya de por sí lastimoso estado de salud, demostración ésta que, se repite, por sus particulares condiciones ha debido hacerla la entidad demandada.

No resulta de fácil comprensión que encontrándose de por medio la salud, si no la propia vida del detenido, sea la Administración de Justicia la que impida su protección y cuidado. Es verdad incuestionable, públicamente conocida que la asistencia médica de tales características es, más angustiosa, en ocasiones inexistente, sin olvidar que con las medicinas para los presos es extremadamente avaro el presupuesto estatal, como si se quisiera desconocer los derechos y garantías de la persona humana, de quien, como en el caso examinado, pareciera entenderse que por el solo hecho de su detención los hubiese perdido. El que un recluso sea un presunto transgresor de la ley, no constituye impedimento alguno para que el Estado le preste los servicios y le respete los derechos que como ciudadano y como persona la Carta Política y las leyes le reconoce.

Viene a propósito para el caso que se estudia, la cita que de Concepción Arenal, hizo Arturo J. Zabaleta, en "La prisión preventiva", con relación a los establecimientos carcelarios: "La cárcel es un lugar sin condiciones higiénicas, donde carece el inculpado de lo preciso para su vestido y sustento; donde, si no es muy fuerte, pierde la salud; donde, si enferma, no tiene conveniente asistencia y puede llegar a carecer de cama; donde, confundido con el vicioso y criminal, espera una justicia que no llega o llega tarde para salvar su cuerpo y tal vez su alma; entonces la prisión preventiva es un verdadero atentado contra el derecho y una imposición de la fuerza" (Cita de Hernando Londoño Jiménez en el libro "De la Captura a la Excarcelación. p. 209).

Las frases anteriores expresadas hace varios lustros, para vergüenza de nuestro sistema carcelario, mantienen plena vigencia en las cárceles colombianas y se pretendía por parte del Juez de Orden Público que en semejante ambiente, una persona mayor de 65 años, afectada por la diabetes y la arritmía cardíaca, resistiera los efectos dañinos de tales enfermedades, ambas graves a juicio de Medicina Legal?.

No se trata entonces en el caso sometido a estudio, de cualquier error judicial, de un simple error conceptual del Juez que le denegó al preso la posibilidad de ser atendido solícitamente para procurar su salud y cuidad su integridad personal severamente afectadas. Fue una equivocación de mayor entidad, en la que se encuentra comprometida la propia existencia del recluso y la estabilidad emocional de sus familiares, frente a las cuales la teórica y eventual responsabilidad personal del funcionario resulta insuficiente para resarcir los daños y perjuicios que la administración de justicia por conducto del juez aludido les ocasionó.

Se ha planteado por parte del ente demandado y se ha sostenido en la providencia recurrida, que no se ha establecido la relación causal entre el comportamiento o hecho dañoso y el perjuicio ocasionado. Para la Sala, este planteamiento no debe aceptarse en su integridad. En efecto, si bien, expresamente no se ha dicho cuál fué la causa de la muerte, tal omisión no puede significar la exoneración de responsabilidad para el Estado, cuando se encuentran antecedentes que permiten deducirla y, cuando es el propio demandado el que por descuido e irresponsabilidad de sus funcionario hizo imposible tal determinación, impetrada expresamente por la parte demandante.

Regularmente se procede a practicar autopsia y análisis de los órganos posiblemente afectados, para establecer la causa de la muerte de una persona. En este caso, al tenor del certificado de defunción expedido por el Notario Segundo de Ibagué, se advierte que Fabio Efraín Escobar Sánchez murió en el Hospital Federico Lleras y "que la causa principal de la muerte fue Indeterminada, patología en estudio: que la certificó el Doctor Carlos E. Aza Lozano" (F. 7 c.1). Pues bien, de las anteriores anotaciones se infiere que:

La prueba de la causa de la muerte si objetiva y concretamente no se estableció, no fue por causas o motivos atribuibles a la parte actora, sino, por el contrario, por razones que le correspondía aclarar al ente demandado, porque el médico que certificó la muerte para efectos de registrar la defunción es el mismo médico forense que casi diez meses después le informa al Tribunal que "no se había podido dar conclusión definitiva sobre posibles causas de muerte..." y que para el 5 de diciembre de 1990 pide al Tribunal "nos sean enviados los apartes sumariales relativos a las circunstancias de la muerte para tratar de establecer la causa del deceso con mayor aproximación".

Ciertamente resulta incomprensible y contradictorio el proceder del Ministerio de Justicia cuando su representante judicial al contestar la demanda exige que "en cuanto a la causa de la muerte, que se pruebe" y, por otra parte, en Medicina Legal, dependencia del mismo ministerio, dejaron dañar el material probatorio recogido para exámenes anatomopatológicos, haciendo imposible la demostración de la causa de la muerte, cuya ausencia, sin razón alguna se pretende imputar a la parte actora, cuando fue ésta la que oportunamente la pidió y fué la demandada la que irresponsablemente impidió traerla al proceso.

Los planteamientos que hace la Sala en esta providencia encaminados a consagrar jurisprudencialmente la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado

en aquellos casos de muy especial y particular significación, en los que se ventile la responsabilidad oficial por falla del servicio judicial, encuentran respaldo en legislaciones y doctrinas foráneas, donde expresamente se reconoce la responsabilidad del Estado por el actuar errado en la administración de justicia.

Precisamente, el profesor Guido Santiago Tawil, al comentar la obra titulada "La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la administración de justicia" de José María Reyes Monterreal, resalta que la Constitución española de 1978 se ha transformado en una de las normativas de derecho público de mayor trascendencia sancionadas en el último cuarto de siglo, en la que al establecer interesantes soluciones jurídicas, "una de ellas, la prevista en su artículo 121, se destaca nítidamente en el ámbito del derecho administrativo, el propugnar expresamente el reconocimiento de la responsabilidad estatal derivada como consecuencia del obrar u omisiones cometidas en la administración de justicia, disponiendo que "*los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley*". (Subraya la Sala).

Más adelante, continúa el comentarista: "Implica, además, la aceptación expresa de la responsabilidad derivada no ya del error judicial, sino también del anormal funcionamiento de la justicia, idea ésta adoptada tan solo anteriormente -aún cuando con un criterio más restringido al limitarse su reconocimiento a la existencia de una falta grave por parte del tribunal o una denegación de justicia- por el artículo 11 de la ley francesa 72-626, del 5 de julio de 1972, y reconocida sólo excepcionalmente en la práctica -aunque no bajo este nombre- en nuestro país".

Anota además, el citado comentarista, cómo el autor de la obra analizada comienza "distinguiendo a esta especie de responsabilidad de la derivada por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos -contemplada por las normas legales antes mencionadas, así como por el art. 106.2 de la Constitución de 1978- considerando a la responsabilidad derivada del error judicial y del anormal funcionamiento de la administración de justicia como un supuesto de responsabilidad especial, aun cuando se deba señalar el pronunciamiento de algunos autores y cierta jurisprudencia española por la posición contraria, al haber asimilado al ejercicio de la función judicial con la prestación de un servicio público".

Concluye su comentario con las siguientes apreciaciones, perfectamente válidas dentro de nuestra actual concepción jurisprudencial: "En suma, la obra de Reyes Monterreal antes referida constituye un aporte por demás interesante -aun cuando el mérito mayor corresponda sin duda a los constituyentes españoles de 1978- al contribuir a la divulgación de la evolución alcanzada en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado en este aspecto en el derecho comparado; especialmente útil en nuestro país para corregir y superar ciertas concepciones sostenidas todavía hoy en día inadvertidamente como verdades absolutas en nuestro país, con prescindencia de lo que acontece en otros sistemas que parecen haber sabido amoldarse quizá con mayor acierto a la realidad de nuestro tiempo". (Revista de Derecho Administrativo - Ediciones Depalma - 1989- Año 1. páginas 194 - 195).

Similar criterio al anterior, consignó el profesor Guido Santiago Tawil en su trabajo sobre "La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionario judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia", según lo expone Pedro Aberastury (h), al referirse al contenido de dicho libro, así: "Es decir que el tema que ha abordado el autor es esencialmente polémico en nuestros días, en virtud de que han sido escasos los precedentes jurisprudenciales que han aceptado la responsabilidad de los magistrados, no sólo por su actuación administrativa sino dentro del ejercicio que le es propio, aunque se realiza una valiosa distinción en cuanto a la responsabilidad in ludicando e in procedendo, y menciona que es en esta última donde ha tenido mayor aceptación la posibilidad de imputar al Estado la conducta que se considera dañosa por parte del particular para obtener una reparación. Siguiendo con la tesis inicial, no comparte lo decidido por la Corte Suprema en cuanto sólo admite la posibilidad de responsabilizar por error judicial en aquellos casos en que el acto jurisdiccional que origine el daño sea declarado ilegítimo, y considera que "*la reparación del error no puede depender del hecho de que la decisión impugnada haya sido dejada sin efecto, sino de la posibilidad de probar adecuadamente la existencia manifiesta de la equivocación*". (Ibídem. 1990. Año 2. página 195). (Subraya la Sala).

Conviene además traer a colación el criterio autorizado del profesor Juan Miguel de la Cuétara, quien en su obra "La actividad de la Administración" al referirse a la responsabilidad del poder judicial, hace la siguiente observación: "Para afrontar la segunda de las cuestiones mencionadas se hace necesaria una serie de distinciones, centrando el examen primero sobre las actuaciones judiciales del Estado para, seguidamente, encarar las que se producen por vía legislativa, pues ambas son actuaciones "no administrativas" del Estado. En cuanto a la responsabilidad del poder judicial hay que distinguir, a la vez, la existencia de un aparato organizativo, auxiliar de las tareas burocráticas, de la auténtica función de juzgar. El aparato organizativo puede incurrir en responsabilidad en las mismas condiciones que la Administración ordinaria y en este sentido es auténtica Administración pública. La función jurisdiccional que actúan jueces y magistrados también puede dar lugar a responsabilidad, pero tan sólo en caso de error o actuación ilegal. En este sentido, la Constitución española de 1978 se ha expresado con absoluta claridad en su artículo 121, que se transcribe a continuación: Art. 121 C.E.: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley". (página 559).

Por los demás, la obligación indemnizatoria a cargo del Estado, con fundamento en la nueva Carta Política ha adquirido una mayor amplitud y una menos ilimitada cobertura, dentro de la cual desempeña función fundamental la figura de perjuicio antijurídico, concepto respecto del cual, el mencionado tratadista, en la obra citada, hace las siguientes manifestaciones, que la Sala, en lo pertinente, se permite transcribir:

> "A finales del siglo pasado, ORLANDO propuso fundar sobre la idea de "lesión" toda la construcción de la responsabilidad administrativa, abandonando

cualquier indagación acerca de la conducta del agente que ocasiona la misma. La doctrina actual, de la que son excelentes representantes en nuestro país LEGUINA o GARCIA DE ENTERRIA, ha desarrollado este concepto de lesión como todo perjuicio antijurídico y situado en él la fundamentación del consiguiente deber de reparación. En palabras de LEGUINA, "un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada -por imperativo explícito del ordenamiento- a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica". Siendo esto así, sólo resta la imputación a la actividad administrativa para que nazca, por la propia virtualidad de la nota de "injusto" (GARCIA DE ENTERRIA), el deber de resarcimiento. Esta Teoría reúne una serie de características positivas que deben ser puestas de relieve. Por una parte, es destacable la nota de la objetividad, puesto que no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo; por otra parte, se desvincula la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles".

"La teoría del perjuicio antijurídico se compagina perfectamente con la formulación implantada en nuestro Derecho positivo, en la L.E.F., L.R.J. y Constitución. Efectivamente, si examinamos la última -y de mayor rango- formulación, la del artículo 106.2o. del texto constitucional, encontramos: a) la inclusión expresa del término "lesión" ("los particulares (...) tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión (...)"); b) la referencia directa a la esfera jurídicamente protegida en toda su amplitud ("(...) que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos salvo caso de fuerza mayor (...)"), y c) la imputación a la Administración, sin distinción entre actos lícitos e ilícitos ("(...) siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"). Con mayor precisión, la L.E.F. y la L.R.J. hacen referencia al "funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos", siendo, como hemos visto, exactamente iguales los demás elementos de los respectivos preceptos. La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial. A continuación se transcriben unos párrafos en los que se desarrolla con claridad meridiana la postura del Tribunal Supremo:

"Sentencia de 27-mar. -1980 (Sala 4a. Ref. Ar. No. 2249): "Por responsabilidad de la Administración -central o local- ha de entenderse aquella obligación general que a la misma incumbe, fuera del ámbito del ejercicio de sus potestades expropiatorias -que tienen una regulación especial- de resarcir a los particulares de los daños y perjuicios que, no estando obligados por imperativo legal u otro vínculo jurídico a soportar, sean consecuencia del que hacer administrativo de aquella.

"Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado por una disposición legal o vínculo jurídico

a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nuevo nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la Administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

"La "ratio legis" verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinado a ella sin un deber expreso de sacrificio, siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de "injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal", ha de tener la garantía por parte de la Administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sólo sido originado por un comportamiento institucional". (Obra citada, páginas 554 y 555).

Cobra en la actualidad mayor respaldo el planteamiento que hace la Sala para declarar la responsabilidad del Estado por causa de la actuación judicial comentada, sí se atiende a la norma constitucional contenida en el artículo 90 de la Carta que establece:

"El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

"En el evento de ser condenado...".

De conformidad al texto transcrito, resulta claro que en el mismo se hace referencia sin establecer diferencias, ni distinciones de ninguna naturaleza, a "la acción o la omisión de las autoridades públicas", lo que permite deducir que dado el contenido genérico de esta expresión, las autoridades judiciales se incluyen como integrantes de las autoridades públicas y consiguientemente con sus actos y omisiones pueden generar la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos causados.

Por otra parte, cabe advertir que en el artículo 93 de la Constitución vigente se estableció:

"Art. 93.- Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

"Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

Según este precepto constitucional, en tratándose de derechos humanos y de prohibición de estados de excepción, las normas de derecho internacional debidamente adoptadas por el congreso prevalecen sobre las disposiciones legales y constitucionales, en cuya interpretación debe atenderse a la normativa internacional. En este orden de ideas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y que entró en vigencia el 18 de julio de 1978, suscrita en esa fecha por Colombia y ratificada el 31 de julio de 1973, aprobada por la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972, consagró en el artículo 10:, "Derecho a Indemnización.

"Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".

Lo aquí consagrado, junto con la preceptiva del artículo 90 de la Carta, permiten en la actualidad efectuar otros enfoques para efectos de determinar la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado como consecuencia de las actuaciones judiciales.

Respalda lo anterior el contenido del art. 414 del nuevo Código de Procedimiento Penal, cuyo texto prescribe:

> "Artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que na haya causado la misma por dolo o culpa grave".

A pesar de que el anterior precepto no lo incluyó el ejecutivo en el proyecto inicial del Código de Procedimiento Penal, posteriormente el propio Gobierno lo agregó con miras a desarrollar los artículos 2 y 90 de la Carta Política vigente, el último de los cuales, en forma expresa consagró la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Quedó entonces, instituida legalmente en el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal la posibilidad de ejercer la acción indemnizatoria frente al Estado, por aquellas personas que por causa de alguna decisión judicial se hubiere visto ilegítimamente privada de su libertad.

Con fundamento en las consideraciones antes relacionadas concluye la Sala que el Juez Segundo de Orden Público del Tolima al negar ilegal y erradamente la suspensión de la detención del recluso enfermo Escobar Sánchez, incurrió en una falla del servicio de la administración judicial, que coadyuvó o por lo menos aceleró el deceso del detenido y causó ostensibles perjuicios de orden moral a las hijas de la víctima, promotoras de este proceso. Los antecedentes personales y procesales de

Escobar Sánchez, los exámenes anteriores a su detención, las constancias de internamiento hospitalario, los exámenes practicados en Medicina Legal Seccional Tolima, indican a la Sala que el estado de salud del recluso en verdad era grave, que como prisionero no podía ser eficientemente atendido, por él o por sus familiares, y que a falta de demostración del cuidado y diligencia estatal, se impone concluir que la tozudez del juzgado para impedirle su atención por fuera de la cárcel, influyó trascendentalmente en la salud del paciente quien debió ser hospitalizado -ya tardíamente para fallecer.

La responsabilidad estatal aquí reconocida no será total, ni plena, porque la Sala encuentra que dentro de las probabilidades de supervivencia el occiso Escobar Sánchez, se deban serias limitaciones como lo eran su edad ya avanzada y de manera especial su lamentable y delicado estado de salud que no le auguraba un futuro vivir muy amplio. Por esta razón solo se reconocerá a título indemnizatorio moral a cada una de sus hijas, el equivalente a 700 gramos de oro fino.

Las apreciaciones que se acaban de hacer, implica obviamente revocar la sentencia apelada.

En mérito de los expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO. REVOCASE la sentencia apelada, es decir, la dictada el 6 de septiembre de 1991, por el Tribunal Administrativo del Tolima.

SEGUNDO. DECLARASE administrativamente responsable a la Nación -Ministerio de Justicia, por el fallecimiento del señor FABIO EFRAIN ESCOBAR SANCHEZ, ocurrido el 16 de enero de 1990, cuando se encontraba en estado de detención preventiva por orden del Juzgado Segundo de Orden Público del Tolima.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la Nación -Ministerio de Justicia, a pagar a CARMEN AMINTA ESCOBAR MEJIA y YOLANDA ESCOBAR DE BURGOS, como indemnización por perjuicios morales, para cada una, el valor equivalente en pesos a setecientos (700) gramos de oro fino.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro para la fecha de ejecutoria de esta providencia, y la certificación deberá acompañarse con las respectivas cuentas de cobro.

CUARTO. Deniéganse las demás pretensiones.

QUINTO. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., y para ello

se expedirán por la Secretaría, copias de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones del art. 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, primero (1o.) de Octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL/LLAMAMIENTO EN GARANTIA/RECURSO DE APELACION

El auto que resuelve sobre el llamamiento en garantía no es pasible de reposición sino del recurso de apelación. Los autos recurribles en apelación no podrán ser controvertidos utilizando "como subsidiario" la reposición, sino que deberán "interponerse directamente". Si bien es cierto que la recurrente contrarió el tenor gramatical del artículo 187 del C.C.A., no lo es menos que el escrito contentivo de la reposición también involucraba el de apelación. Dicho de otra manera, una y otra inconformidad fueron incoados simultáneamente y, por consiguiente como cada una de ellas conserva su propia independencia y autonomía, el a-quo debió rechazar por improcedente la reposición y salvado este obstáculo entrar a resolver la concesión del recurso de apelación, el que si es viable.

Artículos 56 y 57 del Código de Procedimiento Civil y 181 del Código Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá,D.C. ocho de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

REF: EXPEDIENTE No. 7617. ACTOR: MARIA DEL PILAR QUINTERO

Procede la Sala a resolver la queja formulada por la parte actora contra el auto del 14 de Mayo de 1992, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda dispuso:

> "Rechazar por improcedente el recurso de reposición y el subsidiario de apelación propuesto contra el auto que negó la admisión de un llamamiento en garantía".

El Tribunal para arribar a la decisión impugnada tuvo en cuenta que la parte demandada llamó en garantía al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, petición que fue resuelta desfavorablemente por auto de abril 10 de 1992, por las razones visibles a folios 110 y 111 del cuaderno de la Queja.

Contra esta determinación la actora interpuso reposición y subsidiariamente apelación y el Tribunal niega ambos recursos por cuanto el primero no procede contra providencias como la referida y el segundo no puede intentarse como subsidiario de aquél. La actora agotó reposición contra el auto de 14 de mayo de 1992 y en su defecto imploró copias para recurrir de queja, el Tribunal no repone su negativa a conceder la apelación y dispuso la expedición de copias para la queja.

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

a) Es verdad que el auto que resuelve sobre el llamamiento en garantía no es pasible de reposición, sino del recurso de apelación, según los artículos 56 y 57 del C. de P.C., aplicables al proceso contencioso administrativo.

b) El inciso segundo del artículo 181, del C.C.A. establece que los autos recurribles en apelación, no podrán ser controvertidos utilizando "como subsidiario" la reposición, sino que deberán "interponerse directamente".

c) La tesis del a-quo aparentemente ajustada a derecho, no puede ser patrocinada por esta Sala dado que resulta extremadamente exegética y por lo mismo contraria a la realización del derecho sustancial que es el fin último de las normas procesales. En efecto, si bien es cierto que la recurrente contrarió el tenor gramatical del referido artículo 181 del C.C.A., no lo es menos que el escrito contentivo de la reposición también involucraba el de APELACION. Dicho de otra manera, una y otra inconformidad fueron incoadas simultáneamente y, por consiguiente como cada una de ellas conserva su propia independencia y autonomía, el a-quo debió rechazar por improcedente la reposición y salvado este obstáculo entrar a resolver la concesión del recurso de apelación, el que sí es viable como ya se vió a voces de los artículos 56 y 57 del C. de P.C..

d) No debe perderse de vista que el principio de hermenéutica de las normas procesales que da prelación a lo sustancial sobre lo meramente formal ó adjetivo, tiene hoy rango constitucional (artículo 228 C.P.) y por lo mismo es norma de normas.

Lo anterior resulta suficiente para revocar el auto impugnado y en su lugar conceder la apelación contra el auto que no admitió el llamamiento en garantía que la demandada hizo al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y, en su lugar conceder directamente la apelación contra tal proveído la que se surtirá en el efecto suspensivo, para lo cual se remitirá el Expediente original previa comunicación de lo aquí resuelto al *a-quo*.

Por lo expuesto la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

RESUELVE

PRIMERO. Declárese mal denegado el recurso de apelación, a que se refiere el auto de Mayo 14 de 1992, visible a los folios 114 a 115, proferida por la Sección Segunda, Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO. Concédase el recurso de apelación en el efecto suspensivo, interpuesto por la parte demandada contra el auto de 10 de abril de 1992 mediante el cual e a-quo no admitió el llamamiento en garantía al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

TERCERO. Por la Secretaría solicítese a la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia la remisión del expediente original para efectos de que esta Corporación trámite el recurso de apelación concedido en el punto inmediatamente anterior.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fué aprobada por la Sala en sesión de fecha, ocho (8) de Octubre de mil novecientos noventa y dos. 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Esta jurisdicción no asume el conocimiento en razón de la naturaleza del contrato en que se funda el llamamiento en garantía, sino en la existencia de una relación de carácter sustancial que vincule al tercero con el demandado y en virtud de la cual aquel deba responder por la obligación de éste, en el evento de que resulte condena en su contra. La persona llamada podrá ser privada, porque cuando se le cita a esta clase de proceso (contractual o de reparación directa) el llamamiento se hace porque existe título legal o contractual de garantía que así lo permite y no porque sea parte de la relación principal que se discute dentro del proceso entre el demandante y el demandado. Si no pudiera llamarse sino a las personas públicas, el llamamiento no tendría razón de ser dentro del proceso administrativo y se contrariaría la voluntad de la ley, la que al autorizarlo no lo restringe a esa clase de personas.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C. Ocho de Octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

REF: EXPEDIENTE No. 7654. ACTOR: LUIS ALFONSO URREGO LEON Y OTROS.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la providencia que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de Abril de 1992, por virtud de la cual resolvió: "No aceptar el llamamiento en garantía solicitado por la empresa de ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA, a la COMPAÑIA DE SEGUROS COLMENA S.A."

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

"No compartimos la decisión recurrida en primer lugar por cuanto el inciso segundo del artículo 217 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 54 del Decreto 2304 de 1989 establece "En los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvención, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

"En segundo lugar y por ser de interés para el proceso es preciso señalar que el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil que consagra el llamamiento en garantía preceptúa que "Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo procesó se resuelve sobre tal relación..."

"..."

"En tercer lugar cabe señalar que en anteriores oportunidades el Consejo de Estado en providencia de abril 25 y diciembre 12 de 1991 en los procesos 6625 de Ruben Dario Posada y otros y 7041 de María Elena Alvarado Hernández y otros, al resolver los recursos de apelación interpuestos por la no aceptación del llamamiento en garantía por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dijo: "Esta Sala recuerda que en anterior oportunidad, mas (sic) exactamente, el 25 de abril del presente año, en el proceso No. 6625; Actor: RUBEN DARIO POSADA Y OTROS, en un caso igual al presente se dijo: "La providencia impugnada será revocada pues su universo jurídico rebasa el alcance de los preceptuado en los artículos 55, 56 y 57 del Código de Procedimiento Civil. En efecto: si se leen con detenimiento estas normas, se impone concluir que en parte alguna se manda que al hacer el llamamiento en garantía se acredite, así sea sumariamente, la existencia del derecho. Esto último se ordena para la denuncia del pleito (art. 54 C. de P. Civil), pero el artículo 57 de la misma obra solo dispone la sujeción a lo dispuesto en los DOS ARTICULOS ANTERIORES, es decir, que el 54 queda excluido. No obstante este punto deberá estudiarse de nuevo en la sentencia a la luz de la jurisprudencia nacional vigente".

"Cabe aclarar que en esa oportunidad el Tribunal no aceptó el llamamiento en garantía por cuanto no se anexó prueba del contrato de seguros, pero que en modo alguno se dijo ni por parte del Tribunal ni por la Sala del Consejo de Estado, que la Jurisdicción Contencioso Administrativa careciera de competencia para resolver el llamamiento en garantía."

"Finalmente quiero poner en consideración de los señores Consejeros de Estado, la dificultad que representaría para mi poderdante el hecho de que no se acepte el llamamiento en garantía, y que tal como lo señala el Tribunal en la providencia impugnada, la Empresa de Energía tuviera que hacer valer ese contrato de seguros, en cuanto a la indemnización de los perjuicios, en un proceso diferente y ante la Jurisdicción Civil: Sabido es que la compañía de seguros y en el caso concreto, a pesar de estar notificada de la ocurrencia del siniestro, no entrará a indemnizar hasta tanto exista sentencia contra la Empresa de Energía, en virtud de la cual sea condenada al pago de los perjuicios."

"En este sentido sería necesario esperar que se trámite el proceso ante lo Contencioso Administrativo en primera y segunda instancias, (sic) lo cual puede fácilmente superar el término de vigencia de la póliza para poder exigir el pago de la indemnización, situación que haría nugatorio el derecho para mi poderdante".

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL

El *a-quo* para tomar la decisión impugnada hizo las siguientes reflexiones:

"...De esta norma se concluye, que al llamamiento en garantía busca la economía procesal, para que en una sola sentencia se resuelva (sic) dos conflictos. El inicial y la relación jurídica que existe entre la demandada y la llamada en garantía."

"Pero, en el presente caso, la Empresa de Energía Eléctrica (sic) de Bogotá para llamar en garantía a la Compañia de Seguros Colmena S.A., se apoya en un contrato de seguros que ampara la responsabilidad extracontractual de la demandada, y por ello se debe establecer, si la jurisdicción Contencioso Administrativa tiene competencia para el conocimiento de los conflictos derivados del contrato."

"Es así que de acuerdo a los dispuesto por los artículo 131 y 132 numerales 8o. del Código Contencioso Administrativo, ésta jurisdicción conoce conflictos contractuales, relativos a contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración en los que se haya incluido la cláusula de caducidad."

"También el decreto 222 de 1983 en su artículo 17, enuncia que la jurisdicción competente para conocer de los contratos administrativos y de derecho privado con cláusula de caducidad, es la contenciosa."

"Estudiando el contrato de seguro, en que se funda el llamamiento en garantía se verifica que no se enmarca en ninguno de los tipos asignados por el legislador para el conocimiento de esta jurisdicción, pues siendo un contrato comercial, debe asumir su conocimiento la jurisdicción civil.

"Por lo tanto careciendo de competencia la jurisdicción Contencioso Administrativa para decidir sobre la relación jurídica del caso subjudice (sic), es claro que tampoco (sic) la tenga para resolver el llamamiento en garantía."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El auto recurrido será confirmado por razones distintas a las anotadas por el Tribunal. Esta Jurisdicción es competente para conocer del llamamiento en garantía en las acciones de reparación directa o relativas a contratos, en virtud de los preceptuado por el artículo 217 del C.C.A., modificado por el artículo 54 del Decreto 2304 de 1989.

Esta Jurisdicción no asume el conocimiento en razón de la naturaleza del contrato en que se funda el llamamiento en garantía como lo sostiene el Tribunal; sino en la existencia de una relación de carácter sustancial que vincule al tercero con el demandado y en virtud de la cual aquel deba responder por la obligación de este, en el evento de que resulte condena en su contra.

El profesor Carlos Betancur en su texto Derecho Procesal Administrativo, tercera edición, 1.992, dice: "El llamamiento podrá hacerlo la parte demandada o el ministerio público. Aunque este funcionario no figure en el artículo 217 del C.C.A. (54 del decreto 2304), no por eso está impedido para hacerlo, máxime teniendo en cuenta su carácter de parte en todos los procesos que se tramitan ante la jurisdicción administrativa (artículo 127 del C.C.A., 19 del decreto 2304). Como ejemplo de esta intervención, podríamos señalar: La entidad pública demandada en acción de reparación directa hace llamar al proceso a la compañía aseguradora con quien celebró un seguro de responsabilidad civil. El contratista demandado por la administración que pide sea llamada la persona garante del cumplimiento del contrato.

Como es claro, la persona llamada podrá ser privada, porque cuando se le cita a esta clase de proceso (contractual o de reparación directa) el llamamiento se hace porque existe título legal o contractual de garantía que así lo permite y no porque sea parte de la relación principal que se discute dentro del proceso entre el demandante y el demandado. Si no pudiera llamarse sino a las personas públicas, el llamamiento no tendría razón de ser dentro del proceso administrativo y se contrariaría la voluntad de la ley, la que al autorizarlo no lo restringe a esa clase de personas.

En el caso *sub-exámine*, La Compañía de Seguros Colmensa S.A. fué citada por la entidad demandada, para que responda por los perjuicios causados al demandante y en el mismo proceso se resuelve sobre dicha relación.

Sin embargo revisada la póliza No. 30-4801 que obra a fols. 16 a 21 del expediente, se observa que ampara los perjuicios patrimoniales ocasionados a terceros por los siguientes riesgos:

a- Daños patrimoniales ocasionados en predios labores y operaciones.

b- En vehículos no propios.

c- En parqueaderos.

d- En riesgos patronales y,

e- contratistas independientes.

En la misma póliza existe una cláusula de exclusión que establece:

"6. EXCLUSIONES

"a.- Responsabilidad civil derivada de fallas en el suministro de la energía eléctrica.

"b.- Responsabilidad civil derivada de actos terroristas.

"c.- Responsabilidad civil derivada de la ampliación de instalaciones del asegurado (construcciones nuevas redes) (centrales térmicas, hidroeléctricas)".

Por lo expuesto, el llamamiento en garantía que hace la entidad demandada, Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, no es procedente y por consiguiente.

EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA,

RESUELVE

CONFIRMAR el auto de fecha 2 de abril de 1.992 proferido por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

CONTINUESE con el trámite normal del proceso.

DEVUELVASE al Tribunal de origen para que haga parte del expediente.

COPIESE NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha Ocho de Octubre de 1.992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Vehículo Oficial/**ACTIVIDAD PELIGROSA/CONCURRENCIA DE CULPAS.**

No es posible precisar si el accidente obedeció a la imprudencia de alguno de los conductores, pero sí puede afirmarse que hubo concurrencia de dos actividades peligrosas. Por consiguiente, no puede aplicarse con todo su alcance la falla presunta, porque la actividad del motociclista de suyo también envuelve riesgo. Frente a esta situación concreta y particular, la Sala considera que una de las dos actividades desarrolladas por los sujetos conductores de los automotores envuelve mayor riesgo que la otra; es decir la motocicleta frente a la camioneta. Dada la relación entre su tamaño y al no demostrarse un desafuero mayúsculo en la conducción del automotor del ejército, habrá que entenderse que el otro también concurrió de alguna manera a las resultas del accidente.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C. quince de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Ref. Expediente No. 7137. Actor: BERTHA REYES DE RODRIGUEZ Y OTROS

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 25 de octubre de 1.991, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la parte actora.

I. ANTECEDENTES

1o.- Las pretensiones.-

Las señoras Bertha Reyes de Rodríguez y Luz Dary Rodríguez Reyes y los señores Miguel José, Juan Carlos y Alberto Rodríguez Reyes en escrito presentado el 3 de noviembre de 1.989, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander contra la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (EJERCITO NACIONAL) es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a mis poderdantes como consecuencia de la muerte violenta sufrida por el señor JUAN JOSE RODRIGUEZ SERRANO, en accidente de tránsito ocurrido en comprensión municipal de Barrancabermeja (Santander) el día 6 de Noviembre de 1.987."

"SEGUNDA.- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (EJERCITO NACIONAL) pagará a cada uno de los demandantes, por separado, la suma que en moneda nacional valgan mil gramos de oro puro en la fecha de ejecutoria del fallo, a título de compensación por daño moral subjetivo."

"TERCERA.- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (EJERCITO NACIONAL) pagará a BERTHA REYES DE RODRIGUEZ, esposa del occiso, la indemnización por daño emergente, en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso, o que resulte de la aplicación del art. 107 del Código Penal, o que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica."

"CUARTA.- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (EJERCITO NACIONAL) pagará a BERTHA REYES DE RODRIGUEZ, esposa del occiso, la indemnización por lucro cesante, en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso, o que resulte de la aplicación del art. 107 del Código Penal, o que resulte de la aplicación del salario mínimo legal vigente en la República de Colombia para la época de los hechos, o que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica."

"QUINTA.- Se indemnizará el daño moral objetivo, si se probare."

"SEXTA.- El monto de la indemnización se actualizará de acuerdo con las pautas, criterios y fórmulas matemáticas financieras acogidas por la Jurisprudencia, tomando en consideración especialmente la variación del índice de precios al consumidor y/o los intereses de ley y/o la corrección monetaria."

"SEPTIMA.- LA NACION, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176 y 177 del C.C.A."

2o.- Los Hechos.-

Se relacionan en la demanda a los folios 22 a 26, y se reducen, en síntesis, a lo siguiente:

El día 6 de noviembre de 1.987, cuando el señor Juán José Rodríguez Serrano se desplazaba en una moto de su propiedad, con placas PBA 20, por la carretera que conduce del casco urbano de Barrancabermeja al corregimiento El Centro, murió al ser atropellado por la camioneta de placas IN 4840 de propiedad de la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol, conducida por el teniente del Ejército Nacional Elver Emel Rojas Castillo perteneciente al Batallón Nueva Granada, quien carecía de licencia de conducción expedida en la forma establecida por la ley.

La camioneta había sido prestada por Ecopetrol a la base militar de El Centro.-

La moto en que iba el señor Rodríguez el día del accidente, se encontraba "carbonada", lo que impide el desarrollo de la velocidad normal del motor.

La muerte del señor Rodríguez Serrano produjo un grave daño moral a sus seres queridos debido al inmenso amor que le profesaban por su alto sentido de la responsabilidad como esposo y padre.

3o.- Actuación Procesal.

Del auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente el señor Comandante de la Segunda División del Ejército.

Venció el término de fijación en lista sin que la demandada hiciera pronunciamiento alguno, según da cuenta la constancia secretarial visible a fol. 56. Precluida esa oportunidad, el Ministerio de Defensa Nacional, a través de apoderada judicial, presentó el escrito que reposa a fols. 58 a 59 del cuaderno principal, en que propone una excepción y expone algunas razones para la defensa. Tal escrito no fué tenido en cuenta por extemporáneo.

Practicadas las pruebas solicitadas por la parte actora, se corrió traslado a las partes para alegar. En su alegato de bien probado la parte actora reiteró sus planteamientos acerca de la existencia en el sub-judice de una falla presunta, porque la actuación del funcionario está vinculada con un instrumento que por su peligrosidad, al ser nexo causal en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público. Igualmente destaca las versiones de los testigos sobre la forma prudente y cuidadosa como el señor Juan José Rodríguez, conducía la moto, compara la edad del occiso (53 años) frente a la del oficial que conducía la camioneta (22 años), argumentando que entre más edad se tenga, se conduce con mayor tranquilidad; y rescata el hecho de que el subteniente Elver Emel Rojas, no tenía licencia de conducción.

También la parte demandada hizo uno de ese término y presentó el escrito que obra a folios 352 y ss, en el que echa de menos el primer requisito para la existencia de la falla del servicio: un hecho de la administración. Afirma que aunque aparece acreditada la presencia y el comportamiento del subteniente Elver Emel Rojas Castillo, miembro del Ejército Nacional en servicio activo como conductor de uno de los vehículos involucrados en el accidente, la camioneta de placas IN-4840 de propiedad de la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol, asignada a la base militar de El Centro, no se probó el tipo de misión que cumplía el mencionado oficial, como tampoco la fecha de la asignación a la base militar de El Centro, ni la autorización que ese Comando hubiere expedido para el manejo o conducción del vehículo y la ideoneidaad requerida para el desempeño de este tipo de actividad.

Igualmente afirma que no se estableció la existencia del nexo causal entre el hecho de la administración y el daño, o sea, el elemento de responsabilidad, porque no ha sido posible determinar la culpa de la administración en el hecho que ocasionó el accidente de tránsito por la colisión de la camioneta de placas IN-4840 conducida por un miembro del Ejército Nacional y la motocicleta de placas PBA-20 que manejaba la víctima.

4.- La Sentencia Apelada.-

El Tribunal, después de enlistar los elementos constitutivos de la falla en el servicio, encuentra acreditados los dos primeros: el hecho generador de la falla en el servicio y el daño o perjuicio ocasionado a la víctima. En cambio, concluye, que no se estableció la relación de causalidad entre éste y aquél, lo que lleva al a-quo a negar las pretensiones de la demanda, por cuanto no logró establecerse en el proceso la forma como ocurrió el accidente, puesto que ninguno de los testigos oídos presenció el hecho y porque no puede derivarse la responsabilidad de la Nación de "...que uno de los vehículos, el de placas IN-4840 estuviera adscrito al servicio del Ministerio de Defensa, y que su agente no portara la licencia de conducción debidamente expedida por el INTRA".

5o.- Razones del apelante.-

Descontenta la parte actora con la decisión anterior apeló de la misma y fundamentó su recurso, en que la demandante no tenía que probar las circunstancias del accidente, porque la presunción de culpabilidad o de falla en el servicio se consagra en favor de las víctimas, no en contra de ellas. Además en este caso se encuentra establecido que la actividad peligrosa de conducir vehículo automotor oficial la ejercía el oficial ROJAS CASTILLO sin idoneidad para ello, por cuanto carecía de licencia para conducir, y no hay prueba alguna demostrativa de su idoneidad, como sí la hay de la víctima, para conducir motocicleta.

6o.- La Segunda Instancia.-

El término concedido en esta instancia para presentar alegatos, sólo fué aprovechada por la parte demandada, que a través del escrito visible a los fols. 468 y ss, insiste en que en el sub-lite no se probó la responsabilidad de la administración en el accidente de tránsito motivo de la demanda, puesto que no se estableció la falta de pericia, negligencia o cualquier otra circunstancia desfavorable en la conducta del subteniente Elver Emel Rojas Castillo al momento del accidente, ni las circunstancias en que se desarrollaron los hechos. Además agrega que según el proceso penal, el accidente obedeció a culpa exclusiva de la víctima, conforme a la copia auténtica de las providencias proferidas dentro del proceso penal, y aportadas por la apoderada de la entidad demandada.

La parte actora presentó alegaciones extemporáneamente y el ministerio público guardó silencio.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

Para la Sala el fallo impugnado debe revocarse en cuanto a la negación que se hizo de las súplicas de la demanda, para, en su lugar, acceder parcialmente a las mismas. En efecto:

Los demandantes, Bertha Reyes Sánchez, Luz Dary, Miguel José, Juan Carlos y Alberto Rodríguez Reyes, están legitimados para actuar en su calidad de cónyuge la primera y de hijos los demás del señor Juan José Rodríguez Serrano, parentesco acreditado con los certificados de registro civil que obran a fols. 7, 9, 10, 11 y 12 del cuaderno No. 1.

Al analizar los hechos que originaron este proceso la Sala encuentra acreditadas algunas circunstancias que permiten deducir que en la muerte violenta de Juan José Rodríguez Serrano, se presentó una falla presunta en el servicio, producto del ejercicio de una actividad peligrosa, comprometedora ésta de la responsabilidad de la administración, en la cual concurrió la propia víctima con el ejercicio de su actividad también peligrosa, aunque de menor entidad desde luego, que la de la administración.

Al folio 184 del cuaderno No. 1, en el acta de levantamiento del cadáver se afirma que la muerte del señor Rodríguez Serrano ocurrió en accidente de tránsito en la carretera que conduce hacia Barrancabermeja, El Centro, campo 45. Así mismo, en el folio 185, en el oficio 747 dirigido por la Inspección Departamental de Policía de Santander al señor Juez 24 de Instrucción Penal Militar de Barrancabermeja, en el que le envían las diligencias relacionadas con el levantamiento del cadáver del señor Rodríguez Serrano, el funcionario remitente explica que la muerte se produjo en accidente de tránsito ocurrido el 6 de noviembre de 1.987, en la vía que de El Centro conduce a Barrancabermeja, entre el vehículo de placas IN 4840 con número interno

de la Empresa Colombiana de Petróleos ECP-3469 conducido por el teniente Elver Emel Rojas Castillo y la motocicleta Yamaha, color azul, de placas PBA-20 modelo 78, conducida por el occiso.

Aunque no hay testigos presenciales del accidente, a folio 120 y ss, aparece la declaración del señor Jesús Mejía López quien pasó por el sitio de los hechos, instantes después de ocurrido y relata que la persona que iba en la moto le tomó ventaja y en una curva a la derecha se le perdió, cuando el testigo entró en la curva vió que el señor de la moto estaba sobre una palmera y dicho vehículo quedó en la calzada, mientras que a la izquierda se hallaba una camioneta parada y de ella se bajó un subteniente del ejército quien se llevaba las manos a la cabeza, sorprendido por lo que había sucedido.

De las pruebas anteriores deduce la Sala, sin lugar a dudas, que la muerte del señor Juan José Rodríguez fué producto de la colisión entre la camioneta de placas IN-4840 y la moto Yamaha de placas PBA-20, color azul, modelo 78.

Que el conductor de la camioneta era Elver Emel Rojas Castillo, es un hecho acreditado con el informe que aparece en el oficio 747 a que ya se hizo referencia. Con el oficio No. 1030 visible a fol. 189 del cuaderno No. 1, del Comandante del Batallón A.D.A. No. 2 Nueva Granada, se establece que el 6 de noviembre de 1.987 el señor Elver Emel Rojas Castillo era orgánico de la unidad y se hallaba en servicio activo para la institución. Ese mismo oficio da cuenta que para la misma fecha, la camioneta de placas IN-4840 estaba asignada a la base por parte de la empresa Ecopetrol.

Del acervo probatorio analizado se establece, especialmente lo siguiente:

1.- Que la muerte del señor Juan José Rodríguez Serrano ocurrió el 6 de noviembre de 1.987, como consecuencia del accidente de tránsito entre la camioneta de placas IN-4840 y la moto de placas PBA-20.

2.- Que la camioneta era conducida por el señor Elver Emel Rojas Castillo y la moto por el señor Juan José Rodríguez Serrano.

3.- Que la camioneta estaba asignada al servicio de la base militar de El Centro.

4.- Que el conductor de la camioneta era orgánico de la unidad No. 2 Nueva Granada y el día del accidente se encontraba en servicio activo.

Como no hubo testigos que presenciaran el hecho, no es posible precisar si el accidente obedeció a la imprudencia de alguno de los conductores, pero sí puede afirmarse que hubo concurrencia de dos actividades peligrosas. Por consiguiente, no puede aplicarse con todo su alcance la falla presunta, porque la actividad del motociclista de suyo también envuelve riesgos. Frente a esta situación concreta y particular,

la Sala considera que una de las dos actividades desarrolladas por los sujetos conductores de los automotores envuelve mayor riesgo que la otra; es decir la motocicleta frente a la camioneta. Dada la relación entre su tamaño y al no demostrarse un desafuero mayúsculo en la conducción del automotor del ejército, habrá que entender que el otro también concurrió de alguna manera a las resultas del accidente. Frente a esa concurrencia de dos faltas, la una mayúscula, la del conductor del vehículo oficial, agravada por la violación de normas de tránsito al conducir sin la licencia expedida por el INTRA y la otra, la del conductor de la motocicleta, la Sala considera equitativo fijar el monto indemnizatorio a cargo del Estado en un 80%.

Viene a propósito para el caso examinado el criterio expuesto por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de abril de 1.976, donde con ponencia del Magistrado Humberto Murcia Ballén, en lo pertinente, se dijo: "Llevando el razonamiento a sus extremos últimos, podría decirse que todas las actividades humanas son eventualmente peligrosas; pero lo que sí se demuestra como indiscutible es que, colocadas dos de ellas como concurrentes en el mismo acontecer dañoso, la una entraña más peligro que la otra, a tal punto que su mayor trascendencia puede llegar hasta excluir la naturaleza que de tal puediera atribuírse a ésta, pues la intervención de la primera en el evento perjudicial es tan decisiva y preponderante que deja sin relevancia los hechos de la víctima que pudieron haber intervenido en el acontecimiento."

Los demandantes pretenden que como indemnización por perjuicios morales se les pague el equivalente en pesos a 1.000 gramos oro para cada uno, petición a la que se accederá por cuanto la calidad en que demandan es la del cónyuge e hijos del occiso. En consecuencia con la reducción indicada la condena será de 800 gramos de oro para cada uno de ellos.

Igualmente se pide que se pague en favor de la señora Bertha Reyes de Rodríguez, esposa del occiso, el daño emergente y el lucro cesante en la cuantía que se pruebe en el proceso.

Con las declaraciones recibidas a Gloria Quiñónez de Beltrán (fl. 16 y ss. Cuaderno No. 2); Rosmira Reyes de Quesada (fl. 148 y ss. cuaderno No. 2); María Eugenia Martínez Torres (fl. 105 y ss Cuaderno No. 1); Alvaro León Coronado (fl. 106 y ss Cuaderno No. 1); se demuestra que la señora Bertha Reyes de Rodríguez dependía económicamente de su cónyuge, en consecuencia, la demandada deberá pagar a su favor y a título de lucro cesante, la suma que resulte de liquidar la indemnización hasta la vida probable del señor Juan José Rodríguez Serrano cónyuge mayor, nacido el 8 de marzo de 1.934 según partida de bautismo y el registro civil que obran a folios 3 y 4 del expediente. Bertha Reyes Sánchez nació el 30 de junio de 1.935, (fls. 5 y 6 del mismo cuaderno).

La actividad laboral que desempeñaba el señor Rodríguez Serrano al momento de la muerte, como empleado de Robledo Hermanos, se estableció a través de la prueba testimonial y de la certificación que en tal sentido expidió la empleadora en

respuesta al oficio No. 379 librado por el a-quo (fl. 107), allí se da cuenta además, que el sueldo mensual era de $59.000,oo, al cual se le deducirá el 50% que se presume dedicaba a la víctima para su propio sostenimiento y el otro 50% será para la cónyuge.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS EN FAVOR DE BERTHA REYES DE RODRIGUEZ

Información Básica,

Ingreso Mensual	$ 59.000
Para el sostenimiento de la víctima 50%	29.500
Para sostenimiento de la cónyuge 50%	29.500
Fecha de nacimiento del occiso	08.03.34
Fecha de fallecimiento	06.11.87
Edad de su deceso	53 años, 7 meses, 28 días
Término probable de vida.	22.44
	(269.39 meses)
Fecha de la sentencia	14.10.92

Renta actualizada

Para actualizar la renta mensual, se utiliza la fórmula:

$$RA = R \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

de donde:

RA, es el valor presente o actualizado; R, corresponde del valor histórico o inicial; índice inicial es el vigente cuando sucedieron los hechos (6 de noviembre de 1.987) y el índice final es el vigente a la fecha de esta sentencia.

Los índices de precios al consumidor, de acuerdo con información suministrada por el DANE (fl. 186 y ss) y conocida por la Sala, son los siguientes: en noviembre de 1.987 (76.61) y en septiembre de 1992 (258.38).

$$RA = 29.500 \frac{258.38}{76.61}$$

RA = 29.500 X 3.372666754

RA = 99.493,66

Indemnización Debida.-

Comprende el período que va desde la ocurrencia del hecho (6 de noviembre de 1.987), hasta esta sentencia (15 de octubre de 1992), o sea, 4 años. 11 meses, 9 días (59,3 meses).

Se aplica la fórmula:

$$S = \frac{RA\,(1 + i)^n - 1}{i}$$; donde: S, es la suma que se busca, Ra,

corresponde a la renta actualizada ($99.493,66); n, es el número de meses a indemnizar (59,3); i, es el interés técnico mensual (0.004867).

$$S = 99.493,66 \quad \frac{(1+0.004867)^{59.3} - 1}{0.004867}$$

$$s = 99.493,66 \quad \frac{0.333641313}{0.004867}$$

S = 99.493,66 X 68.55173885

S = $ 6.820.464,03

Indemnización Futura.-

Este período abarca desde la fecha de esta sentencia, hasta el vencimiento del término de vida probable del occiso, que era el cónyuge mayor.

Se utiliza la fórmula:

$$S - Ra \quad \frac{(1 + i)^n - 1}{i\,(1 + i)^n}$$; donde:

S, es la suma buscada; Ra, la renta actualizada; i, corresponde al interés técnico mensual (0.004867) y n, es el número de meses a indemnizar (210.09); i, es el interés técnico mensual (0.004867).

$$S = 99.493,66 \quad \frac{(1+0.004867)^{210,09} - 1}{0.004867\ (1+0.004867)^{210,09}}$$

$$S = 99.493,66 \quad \frac{1,773271862}{0.013497514}$$

S = 99.493,66 X 131,3776642

S = 13'071.244,65

Indemnización Debida	6'820.464,03
Indemnización Futura	13'071.244,65
Indemnización Total	19'891.708,65

Como el cuantum de la condena se fijó en el 80%, la Indemnización total en favor de la señora Bertha Reyes de Rodríguez, por concepto de lucro cesante, será de $15'913.366.94.

También se pidió indemnización por daño emergente, condena que será negada, por cuanto no se estableció su existencia dentro del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO.- REVOCASE la sentencia apelada, esto es, la del 25 de octubre de 1.991, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO.- Declárase a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, administrativamente responsable, en proporción de un ochenta por ciento (80%), por la muerte del señor Juan José Rodríguez Serrano, ocurrida en accidente de tránsito el 6 de noviembre de 1.987.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración ordénese a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, a pagar:

a) Como indemnización por perjuicios morales a Bertha Reyes de Rodríguez, Luz Dary, Miguel José, Juan Carlos y Alberto Rodríguez Reyes, para cada uno, una

suma equivalente en pesos a ochocientos (800) gramos de oro fino. El Banco de la República certificará sobre el precio interno del gramo de oro, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Los interesados acompañarán la certificación a la respectiva cuenta de cobro.

b) Como indemnización por perjuicios materiales en favor de la señora Bertha Reyes de Rodríguez, la suma de quince millones novecientos trece mil trescientos sesenta y seis pesos con 94/100 ($15'913.366,94) moneda legal.

CUARTO.- Niéganse las demás pretensiones.

QUINTO.- Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirá copia de la sentencia con la constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes del art. 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

PLIEGO DE CONDICIONES - Exigencias/**CONTADOR PUBLICO/CONTADOR AUTORIZADO**

Pese a que el pliego de condiciones exigía que los balances fueran elaborados y suscritos por "contador público titulado", el hecho de que los hubiera presentado y certificado un contador público autorizado no varía el enfoque ni implica un desconocimiento del mandato contenido en dicho pliego de condiciones, porque esta clase de contador equivales a la de titulado, según mandato inequívoco de la Ley 45 de 1960. Al existir en la ley una sola clase de contador público, con las denominaciones de titulado y autorizado según el caso, lo que se diga de uno cualquiera de ellos, en cuanto a capacidad y funciones, tendrá que predicarse del otro.

ACTO DISCRECIONAL/CONTROL JURISDICCIONAL/SELECCION DEL CONTRATISTA/ACTO REGLADO/PROPUESTA DEL CONTRATO/ADJUDICACION DEL CONTRATO

La Sala no comparte la apreciación del Tribunal en el sentido de que la definición sobre propuesta más conveniente escapa al control jurisdiccional. Esto no es cierto. La jurisprudencia ha sido enfática y reiterada en el sentido de que esa definición sí puede hacerse a nivel jurisdiccional porque configura una noción jurídica cuya aplicación cae en el propio control de legalidad. La jurisprudencia ha dicho que la adjudicación, en principio, es reglada aunque con algunas notas de discrecionalidad, porque está sometida a una normatividad imperativa, en la cual se da unos criterios que no pueden arbitraria o caprichosamente desconocerse. También debe recordarse que los actos que se expidan en ejercicio de una potestad discrecional son controlables jurisdiccionalmente.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C., Octubre veintidós (22) de mil novecientos noventa y dos (1.992)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

REF: EXPEDIENTE No. 7277. CONTRATOS. ACTOR: GERMAN AGUDELO GOMEZ

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 10 de diciembre de 1.991 dictada por el tribunal administrativo del Tolima, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Súplicas formuladas así en la demanda presentada el 11 de enero de 1991:

"PRIMERA.-Es nulo el Artículo Primero de la resolución No. 790 de 6 de septiembre de 1990 expedida por el Gerente General de la Fábrica de licores del tolima, en cuanto dispuso adjudicar el contrato de la distribución de los licores que fabrique, represente, destile y/o embotelle para la Zona No. 1, integrada por los Municipios de Ibague, Rovira, Alvarado y Piedras, al proponente JOSE DE LA CRUZ CAÑON Y CIA S. EN C., adjudicación que se hizo en desarrollo de la Licitación Pública No. FLT-001-90, en sesión del día 6 de septiembre de 1990"

"SEGUNDA.-Que en consecuencia, es igualmente nulo el Contrato de Suministro FLT-055-90, sin fecha, celebrado entre la FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA y la Sociedad Comercial JOSE DE LA CRUZ CAÑON Y CIA S. EN C., teniendo por objeto la distribución, por parte de ésta, de los licores o productos que distribuya, produzca, represente, destile o embotelle la fábrica en la extensión, territorial de los Municipios de Ibague, Rovira, Alvarado, Piedras en exclusividad, hasta el 30 de agosto de 1994, contado a partir de la fecha de la legalización del contrato"

"TERCERA.-Que para efectos del restablecimiento de los derechos desconocidos a mi mandante con la expedición de la Resolución No. 790 de 6 de septiembre de 1990, cuya anulación impetro en lo concerniente a su Artículo primero y exclusivamente en lo atinente a la adjudicación del contrato de distribución para la Zona No. 1 al proponente JOSE DE LA CRUZ CAÑON Y CIA S. EN C., se condene a la FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA, a pagar a GERMAN AGUDELO GOMEZ, dentro de los 30 días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, el monto de los perjuicios que ponga fin al proceso, el monto de los perjuicios sufridos al no habérsele adjudicado la licitación pública No. Flt - 001-90, daño emergente que está constituido por las sumas que hubiere percibido como rendimiento normales derivados de la distribución y venta, dentro de la Zona No. 1, de los Licores que fabrique, represente, destile y/o embotelle la fábrica, objeto del concurso mencionado."

"CUARTA.-Que se actualice el valor del daño emergente a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta la diferencia del valor adquisitivo de la moneda entre la época del daño y la de la sentencia, mediante la aplicación de criterios técnicos de corrección monetaria, o mediante el desarrollo de la fórmula aceptada y aplicada por el H. Consejo del estado a partir de la sentencia de 20 de octubre de 1.978"

"QUINTA.-Que para indemnizar el lucro cesante se condene a la FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA, al pago de los intereses sobre el valor del daño emergente actualizado para el período comprendido entre la época de causación del daño y la fecha de la sentencia que ordene la reparación, a una tasa igual a la tasa de interés corriente certificado por la Superintendencia Bancaria."

"SEXTA.-Condene a la FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA al pago de intereses comerciales y moratorios sobre las cantidades liquidas reconocidas a favor de mi mandante, en los términos del inciso último del Art. 177 del C.C.A."

En dicha demanda se narraron, en síntesis los siguientes hechos:

1) Que la junta directiva de la Fábrica de Licores del Tolima abrió licitación para la distribución de sus licores en el departamento.

2) Que concursaron para la Zona No. 1 Germán Agudelo y la Sociedad José de la Cruz Cañón y Cia S. en C.

3) Que la junta directiva designó comisión para el estudio de las propuestas; y por el acuerdo 011 de 1990 se adoptaron las bases metodológicas para la calificación de los requisitos.

4) Que en la reunión del 6 de septiembre de 1990 la junta directiva el señor gobernador propuso un orden de elegibilidad para cada zona; orden que fue aprobada por la mencionada junta, la cual también recomendó al gerente que la adoptara por acto administrativo.

5) Que con apoyo en esto el gerente de la Fábrica de Licores escogió a la firma indicada atrás (numeral 2), para la distribución en la aludida zona No. 1 (resolución 790 del 6 de septiembre de 1990).

6) Que con base en tal acto se suscribió el contrato FLT-055-90.

7) Que conforme al pliego de condiciones de la licitación se debía presentar el balance consolidado elaborado y suscrito por un contador público titulado y no por uno simplemente autorizado, como lo hizo la firma favorecida con la adjudicación.

8) Que ninguna norma autorizaba al gobernador (presidente de la junta) para determinar la elegibilidad de los proponentes.

9) Que lo así ejecutado impone la nulidad del acto y del contrato celebrado con la firma ganadora y la adjudicación a la parte demandante, con la consiguiente indemnización de perjuicios.

El tribunal luego del trámite correspondiente a la instancia, denegó, como se dijo, las súplicas de la demanda. Considero que no se había infringido el procedimiento licitatorio y menos que se hubiera desconocido el pliego de condiciones. Para el efecto se apoyó en los artículos 1o. de la ley 145 de 1960 y 2o del decreto reglamentario de la misma 1462 de 1991.

Descontenta la parte actora con lo así decidido, apelo y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 282 y ss. Apoya su argumentación con citas de la jurisprudencia de esta sala relacionadas con el acto de adjudicación, su alcance y su sujeción al pliego de condiciones. En síntesis, reitera los puntos de vista expuestos en su demanda.

Cumplido el procedimiento de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la sala la sentencia recurrida merece ser acogida, ya que se ajusta a la realidad que muestra los autos. En este sentido la sala prohíbe las reflexiones siguientes, expuestas por el tribunal:

"A juicio de esta Sala el accionante no tiene razón por lo siguiente:

"Según el artículo 1o. de la Ley 145 de 1960 se entenderá por Contador Público la persona natural que mediante la inscripción que acredita su competencia profesional queda facultada para dar fe pública de determinados actos así como para desempeñar ciertos cargos."

"Por su parte el artículo 3o. de éste mismo Estatuto dispone que habrá una sola clase de Contador Público y podrán ser titulados o autorizados según el caso y el artículo 2o. del Decreto 1462 de 1961 reglamentario de la Ley anterior dispone que los Contadores Públicos titulados o autorizados una vez inscritos de acuerdo con las normas de esa Ley tendrán idénticos derechos y obligaciones."

"Al no darse la situación de hecho anotada por el demandante, la entidad contratante no estaba Atada en ese sentido y si cumplía las demás exigencias del pliego de condiciones la propuesta había que tenerla en cuenta y en efecto así lo hizo cuando luego del estudio jurídico que sobre el particular se presentó y se acogió así como de los de más factores que incidían en ello la Junta Directiva de la Fábrica recomendó darle el primer lugar de elegibilidad al señor de la Cruz Cañón con 807 puntos quedando en segundo lugar el señor Germán Agudelo con 778 puntos."

Fuera de lo dicho, se observa:

El asunto es bastante claro. Pese a que el pliego de condiciones exigía que los balances fueran elaborados y suscritos por "Contador Público titulado" (Ver pliego, punto 2.11 a folios 154), el hecho de que los hubiera presentado y certificado **un contador público autorizado** no varia el enfoque ni implica un desconocimiento del mandato contenido en dicho pliego de condiciones, porque esta clase de contador equivale a la de titulado según el mandato inequívoco de la ley 145 de 1960, la que en su artículo 3o. hace su asimilación en los siguientes términos: "3o **Habrá una sola clase de contadores públicos y podrán ser titulados o autorizados, según el caso**". (Subrayas fuera del texto). Asimilación que aparece reforzada en el artículo 2o. del decreto reglamentario de la mencionada ley, en los siguientes términos:

> "Art. 2o. **Los contadores públicos titulados o autorizados**, una vez inscritos de acuerdo con las normas de la ley que se reglamenta tendrán idénticos derechos y obligaciones" (Subrayase por fuera del texto).

Como se observa, al existir en la ley una sola clase de contador público, con las denominaciones de titulado y autorizado según el caso, lo que se diga de uno cualquiera de ellos, **en cuanto a capacidad y funciones**, tendrá que predicarse del otro. En este sentido, la diferencia solo existirá en la forma como se accede al titulo en uno y otro caso, tal como lo disponen los artículos 5o. y 6o de la ley.

La sala también comparte el análisis jurídico que sobre el punto hizo la comisión designada por la junta, antes de la adjudicación, y que coincide con las razones expuestas en los párrafos precedentes. (ver concepto de agosto 29 de 1990, a folios 119 y ss). Concepto jurídico que fue acatado por la indicada junta, tal como se desprende de los considerandos del acto de adjudicación (Resolución 790 de 6 de septiembre de 1990, a folios 109 y ss).

La sala, aunque acepta la decisión del tribunal en lo fundamental, no comparte su apreciación final en el sentido de que la definición sobre propuesta mas conveniente escapa al control jurisdiccional.

No; esto no es cierto. La Jurisprudencia ha sido enfática y reiterada en el sentido de que esa definición si puede hacerse a nivel jurisprudencia porque configura una noción jurídica cuya aplicación cae en el propio control de legalidad. Tan cierto es esto que la jurisprudencia ha dicho que la adjudicación, en principio, es reglada aunque con algunas notas de discrecionalidad, porque está sometida a una normatividad imperativa, en la cual se dan unos criterios que no pueden arbitraria o caprichosamente desconocerse. También debe recordarse que aun los actos que se expidan en ejercicio de una potestad discrecional son controlables jurisdiccionalmente, tal como se desprende del artículo 36 del C.C.A. y lo corrobora la doctrina actual del acto administrativo.

Tampoco existe reparo alguno en cuanto al funcionario que hizo la adjudicación, o sea el Gerente General de la Fábrica de Licores, ya que por la ley suya es la competencia. No contradice este aserto la colaboración que tanto la Junta como el mismo gobernador y los asesores jurídicos prestaron para la selección de los candidatos.

No puede olvidarse que esa asesoría no era mas que eso, porque la selección final la hizo la gerencia, la cual habría podido separarse de la opinión de los asesores, mediante una resolución debidamente motivada.

Lo explicado muestra el porque asistió la razón al tribunal al tomar la decisión y justifica también la condenación en costas que aquí impondrá, dada la notoria falta de piso jurídico en la demanda presentada por el señor Germán Agudelo Gómez.

Por lo expuesto, el Consejo de estado Sala de lo Contenciosos Administrativo Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de 10 de diciembre de 1991 dictada por el tribunal administrativo del Tolima.

Costas a cargo de la parte demandante.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de fecha 22 de octubre de 1.992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA -Arma Oficial/**DAÑO ANTIJURIDICO**

Hechos referentes a daños causados con el uso de armas de dotación oficial se ha venido juzgando bajo los principios que sustentan el régimen de responsabilidad por falla del servicio presunta, significa lo anterior que, dando aplicación a dicho sistema, una vez que el daño reclamado e indemnizable se imputa a una persona de derecho público, se presume en contra de ésta la comisión de una falla del servicio en el desarrollo de la acción que generó el perjuicio; de modo que a su cargo está desvirtuarla, probando, con la causa extraña, la suma diligencia y cuidado observados en la actuación, pese a lo cual, el daño se produjo. De otra parte, y teniendo en cuenta que el artículo 230 de la Constitución Política dictamina que "los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley", es necesario dar aplicación al artículo 90 de la misma Carta consagra la responsabilidad patrimonial del Estado imputable y que sea causado por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C. Veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Juan deDios Montes Hernández.*

Ref. : EXPEDIENTE No. 5946. Actor: SOFIA OVALLES VDA. DE VERGEL

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por la demandante en contra de la sentencia del 31 de julio de 1989, proferida por el tribunal de lo Contencioso Administrativo de Norte de Santander, por cuya virtud negó las suplicas de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 26 de noviembre de 1987, asistida de apoderado judicial, SOFIA OVALLES VDA. DE VERGEL, demandó a la NACION - Ministerio de Defensa, para que se la declararse responsable de la muerte de WILLIAM VERGEL OVALLES, ocurrida el 20 de enero de 1986, en Abrego Norte de Santander; consecuencialmente, solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales y morales; los primeros los cuantificó en $50.000.000 y los segundos, en una suma equivalente al precio de 1.000 gramos de oro.

2. Para fundamentar lo pedido, dijo ser la madre del difunto quien, en vida, debió ocuparse del sostenimiento del hogar conformado por ella y sus otros hijos después de que falleciera su esposo el 25 de febrero de 1984; respecto de la forma como ocurrió la muerte de William, expresa:

> "En el Municipio de Abrego Norte de Santander, para el día 20 de enero de 1987 (sic) se encontraba WILLIAM VERGEL OVALLES, cuando irrumpe violentamente una patrulla de la Policía nacional adscrita al Comando del Municipio en cita y sin que mediara material de causa alguna, con actos de ferocidad se descadena por parte del Comando aludido un tiroteo que tiene como objeto la corporeidad del mencionado WILLIAM, quien cae víctima de un número superior a los veinte (20) impactos, produciéndose el deceso y tipificándose el homicidio, del cual conoció por los factores de la competencia, el Juzgado Setenta Penal Militar y el Comandante de la Policía Nacional, Norte de Santander, ambos con sede en Cúcuta.
>
> "Las condiciones de lugar en el cual se encontraba el citado WILLIAM VERGEL OVALLES están concretadas a la salida de la población de Abrego, Norte de Santander, en el sitio exacto de "El Molino", lugar en donde en igualdad de condiciones tiene acaecimiento el vil asesinato consumado en poder de decisión y acción por parte del grupo policivo comandado por el capitán, se aclara, el Teniente MARCO TULIO GONZALEZ APONTE.-
>
> "Las especificaciones en el tiempo se promedian entre las diez y once de la mañana, circunstancia temporal de la cual se deriva la magnitud de la funesta consecuencia que se ha relatado."
>
> "La presencia policiva al parecer, tuvo su origen en un primer incidente concedido entre RODOLFO BALLONA y ALEJO VERGEL BAYONA en los cuales, éste último resulto muerto por la acción homicida del primero."
>
> "Los hechos anteriores son ajenos a WILLIAM VERJEL OVALLES quien ante la información de lo acaecido se hace presente en el lugar en asocio de GERMAN VERGEL, JOHN DARIO VERGEL y RAMON ABEL GAONA.

"El recaudo de versiones permite concluir que el homicida sic-del primer incidente se retiró del sitio de los acontecimientos dándose dos efectos inmediatos; la captura ya no era posible en el propio sitio de los hechos, y el citado primer incidente ya había culminado con el resultado trágico del fallecimiento de ALEJO VERGEL GAONA."

"Dentro de las últimas circunstancias se concibe la presencia"

"SEGUNDA: Para ampliar más sintetizado, en este primer considerado la H. Sala se permite transcribir en lo pertinente el Concepto Fiscal:

"Dice así nuestro Colaborador Fiscal:

"Ahora bien, Agencia del Ministerio Público, destaca que para el éxito de una pretensión resarcitoria en contra del Estado, es necesario que se demuestren los siguientes elementos axiológicos:

"A. La falla o falta del servicio, bien sea por acción o por omisión."

"B. El daño cierto o determinable, material o moral y

"C La necesaria relación de causalidad, es decir que entre el primero y el segundo exista un nexo causal, que el daño se halla -sic- producido como consecuencia de la falla o falta del servicio o cargo del Estado."

"Por lo anterior, es inequívoco, que no se presenta la relación de causalidad cuando el daño se produce como consecuencia de un caso fortuito, fuerza mayor, o por culpa exclusiva de la víctima."

"Para el caso sublite, es de advertir que éste adolece de lo trascendental al mismo cual era probar, fehacientemente la falla en el servicio y consecuentemente la responsabilidad de la Nación.

"Si bien es cierto que testimonios con -sic- el de CARLOS JULIO TORRADO y ANTONIO MARIA PEÑARANDA TORRADO, de manera indirecta manifiestan que la Policía fue la causante de la muerte de WILLIAM TORRADO -sic-, también es cierto que esa enunciación genérica no proporciona los suficientes elementos de juicio para determinar que existió falla en el servicio. Aparentemente el único testigo de excepción, vendría a ser HEMEL DARIO VERGEL OVALLES, hermano de la víctima, quien por esa condición filial necesitaría de otro medio de prueba que coadyubara -sic- su imputación. Más sin embargo, su incriminación o advertencia de la falla en el servicio además de ser insular, es sorprendentemente escueta. No a otra conclusión podemos llegar cuando ni siquiera proporciona en su relato, los nombres y apellidos del causante de la muerte de su hermano."

"Ante la ambigüedad probatoria adscrita, existe por el contrario prueba documental obrante al folio 70 que revela que WILLIAM se encontraba con un grupo de personas que atacó con disparos de arma de fuego a la policía."

"Similarmente a lo anterior, transciende al litigio, la investigación administrativa llevada contra los miembros de la Institución que produjeron la muerte de Verjel. Investigación que concluye con la exoneración de toda responsabilidad disciplinaria."

"En el caso sub-exámine, no se comprobaron por lo tanto los hechos de la demanda, es decir la falla en el servicio por lo que se impone la absolución para la NACION NO ACCEDIENDO a las pretensiones de la demanda". (fls. 129 a 131 C.1).

5. La inconformidad del apelante se expresa en estos términos:

"...no estamos de acuerdo es en la presunta ausencia del presupuesto llamado "relación de causalidad, ya que de acuerdo al caudal probatorio reunido es notoria la presencia de éste presupuesto. No cabe la menor duda de que fue la fuerza pública con investidura de la Policía Nacional, la causante de la muerte del menor William Vergel Ovalles, cuando -sic- irrumpe violentamente una patrulla de la Policía Nacional, en el Municipio de Abrego el día 20 de enero del 87 -sic- y sin que mediara causa alguna de motivación se desencadena un tiroteo que tiene como objeto mortal la corporeidad del mencionado William, quien cae víctima inocente de un número superior a los 20 impactos, produciéndose su deceso y tipicándose así el delito de homicidio, del cual conoció el Juzgado 70 Penal Militar con sede en Cúcuta."

"No podemos estar de acuerdo tampoco en la circunstancia afirmada en la sentencia de que no apareció un sujeto individualizado digno de reproche como autor directo del deceso del menor William, ya que este imperativo no puede tener acogida bajo ningún aspecto en cuanto hace relación a la responsabilidad que debe endilgarse a un ente público por medio de uno de sus representantes."

"Sin embargo desde la presentación de la demanda se dijo que el vil asesinato se había consumado en poder de decisión y acción por parte de un grupo policivo comandado por el Teniente Marco Tulio González Rincón, y para complacencia de la sala falladora los nombres restantes del pelotón de fusilamiento obran y perduran dentro del proceso penal que se le adelantó a los policiales y que en fotocopias se adjuntó al proceso administrativo."

"Dice también el fallo impugnado que existe ambigüedad en el recaudo de pruebas, que solamente una de ellas hace relación a la forma como ocurrió el homicidio de la víctima, lo cual no es cierto, ya que obran en abundancia testimonios que hablan de la masacre cuya fecha luctuosa atrás se mencionó,

masacre que bien puede tomarse como procedente emulatorio de las muchas que se están desatando en nuestro sufrido país."

"Aparece también como causa de la ambigüedad mencionada el hecho de decirse que, repetimos, no se mencionaron los nombres de los representantes de la policía que directamente intervinieron en la comisión del delito de homicidio,; circunstancia esta que no demerita de manera alguna la responsabilidad estatal derivada de la acción positiva delictuosa de uno de sus representantes."

"Con estas breves consideraciones que le dan cumplimiento al artículo 52 -sic- del código Contenciosos Administrativo reiteramos nuestra petición con el objeto de que se revoque la sentencia impugnada dictándose en su lugar fallo condenatorio que ordene pagar a la Nación las indemnizaciones correspondientes, tanto por perjuicios materiales como morales que previamente fueron solicitados en el libero de demanda. Oportunamente haremos uso del traslado legal para extendernos en las criticas que merece la providencia impugnada". (fls. 135 a 137 C.1).

6. Al finalizar la segunda instancia alegó el apoderado de la Nación para solicitar la confirmación del fallo impugnado; este criterio es compartido por la Fiscal Segundo de la Corporación, quien sostiene:

"Como bien lo anota la sentencia, en el presente caso no quedó establecida la forma como sucedieron los hechos. Los que se narran en la demanda son imprecisos, y de las declaraciones que fueron recepcionadas en el proceso tampoco se pueden deducir las verdaderas circunstancias que rodearon los hechos en los que perdió la vida el joven William Verjel. Así por ejemplo el declarante JUAN JAIRO VERGEL AREVALO (fl. 112) afirma '...dicen, pues no me consta que el lo mató fue un agente o teniente de apellido González...'

"El otro declarante que se refiere a lo acontecido, resulta ser el hermano de la víctima. Su testimonio tampoco es claro, ni es convincente lo que relata cuando dice: "...cuando de repente salió la policía y empezó a disparar contra nosotros, todos echamos a correr y la policía siguió disparando, yo en la carrera voltie y mire hacia atrás y vi cuando el teniente y otro llevaban a William dándole duro, hacia la casa, cuando de pronto el Teniente saco el arma que llevaba y lo agarró a tiros y lo mato, yo seguí corriendo y agotado, por lo que había visto y por los tiros que me estaban haciendo me entregue.." No resulta fácil de creer, que alguien que está huyendo y a quien se le está disparando pueda mirar hacia atrás y ver detalle todo lo que supuestamente le está sucediendo a su hermano.'

"De las declaraciones recibidas en el proceso, solamente estas dos se refieren a los hechos, la primera es de una persona que no fue testigo presencial y la otra declaración no ofrece credibilidad."

"Las pruebas y testimonios del proceso penal no han sido controvertidos por las partes integrantes del presente proceso, es decir, tales evidencias no satisfacen los requisitos de los Arts. 185 Prueba traslada y 229 ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso del C.P.C En todo caso de las aseveraciones los agentes de policía y del teniente al mando de la operación en la cual resulto muerto el señor Vergel Ovalles, así como del informe oficial (Fl. 70) se infiere que los hechos sucedieron de una manera muy diferente a los que presentan los interesados.

"Por otra parte, del protocolo de necropsia (fl. 52 se estableció, que el fallecimiento de William Vergel fue a causa de múltiples impactos de arma de fuego; sin embargo, no se demostró dentro del proceso contencioso, mediante dictamen pericial de balística, que tales disparos hubiesen provenido de una de las armas de dotación oficial que portaban los uniformados el día 20 de enero de 1986, cuando en cumplimiento de operativos del servicio irrumpieron en la finca de la familia Bayona para prestar auxilio a esta familia. En las anotaciones del informe (fl. 70) se consignó que los agentes fueron recibidos con disparos de arma de fuego correspondían los disparos que recibió el cuerpo de Vergel Ovalles, para comprobar si provenían o no las armas oficiales."

"La diligencia de autopista (fl. 52) se limito a señalar que las heridas eran de arma de fuego proyectil único, de carácter mortal por los órganos descritos que son vitales y la hemorragia fulminante e incontrolable, pero no indico que clase de armas las produjo."

"En el presente caso no es posible llegar al pleno y total convencimiento sobre la forma en que ocurrieron los hechos, de suerte que se pueda establecer las supuesta falla del servicio y declarar así la responsabilidad del ente demandado."

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite solicitar a la Sala se confirme la sentencia apelada" (fls. 150 a 152 C.1).

LA SALA CONSIDERA

A. La Sala no hace suyas ni la apreciación probatoria de los hechos ni la calificación jurídica que de los mismos hace el Tribunal; sobre lo primero, estima que no existe prueba suficiente; sobre lo segundo, que no se configura falla en el servicio, pues, repitiendo las palabras del Fiscal, se pregunta: "quienes fueron individualmente los responsables de ese deceso?.." Son muchas y diversas las autoridades adscritas a la Policía Nacional de Colombia, **cuales serían** las autoras de la muerte del mencionado WILLIAM VERGEL?..".

En cambio, el fallador de segunda instancia encuentra prueba suficiente para adquirir la convicción de que la muerte de WILLIAM VERGEL OVALLES es impu-

table a la acción de la Policía nacional y que, por lo tanto la Nación es responsable de su ocurrencia, bien que le asunto se maneje a la luz del régimen de falla presunta (como ha sido lo tradicional) o bien que se apoye en el precepto constitucional del artículo 90.

B. En relación con los hechos, existen los siguientes medios de prueba:

1. El registro de defunción de WILLIAM VERGEL OVALLES ocurrida el 21 de enero de 1986 (f;. 3 del C.1).

2. La autopsia que se practico a su cadáver, según la cual "..se encontraron las siguientes heridas de arma de fuego proyectil único: a) En el mentón lado izquierdo con orificio de salida en el occipital. b) Sobre la línea clavicular media izquierda a nivel del 5 espacio intercostal. c) Región para -sic- esternal izquierda sobre la 10 costilla -sic-. d) Sobre el hipcodri -sic-derecho penetrante a cavidad. e) Sobre la cresta Iliaca derecha. f) Dos heridas sobre el omoplato izquierdo región infraespinosa penetrante. Sobre la fosa Supraespinosa derecha penetrante, -sic- y sobre la región posterior del cuello a nivel de la séptima -sic- vertebra cervical.

"3.-Al abrir las cavidades se encontraron llenas de sangre y heridas cardio pulmonares Bazo, e Hígado, Colon y delgado y arterias mesentéricas. En el cráneo herida del encéfalo.

"4.- CONCLUSION. Todas las heridas recibidas eran de carácter mortal por los órganos descritos que son vitales y la hemorragia fulminante e incontrolable. Anemia Aguda". (fl. 52 C.1).

3. En el libro de minuta de guardia, el día en que sucedieron los hechos, se dejo la siguiente anotación:

"10:30 Herido. A esta hora se presentó en el Barrio Belén un caso de Riña al tener conocimiento o información el Sr. Tte. dispone de la Patrulla conformada por le Comandante Subestación y agentes Picón Pérez, Mendoza Roque Julio, Guampe Rompes Becerra Sánchez M. y el conductor de la camioneta en la cual nos movilizábamos al acudir al lugar de los hechos se constató que había sido (herido) atacado el ciudadano Rodolfo Bayona, con disparos de arma de fuego, el cual hizo frente a sus atracantes hecho en el cual resulto herido Alejo Vergel, quien ya había sido trasladado al hospital y el presunto sindicado Rodolfo Bayona, emprendió la fuga. Posteriomente familiares del herido Vergel y Torrado se trasladaron a casa de Eurípedes Bayona en busca del presunto sindicado haciendo diparos a solicitud de auxilio de esta familia, acude la misma Patrulla siendo recibida con disparos de arma de fuego se les atacaban emprendieron la fuga resultando muerto en el corredor de la casa William Vergel, sin más datos, al cual le fue encontrado empuñando un revolver SMITH WENSON, 38 largo, número 889456, con 4 vainillas y dos de (sic) los cartuchos más 9 en

el bolsillo, practicó levantamiento Inspección ésta. Resultando herido frente a la misma finca sobre la carretera Hernán Vergel, sin más, datos desconociendo los autores de este hecho, habiendo hallado a su lado una escopeta 16, con un cartucho dentro de la recámara y una vainilla de la misma a un lado" (fls. 69 y 70 C.1).

4. El informe con el cual se inició el proceso disciplinario establece:

"Que en el día de hoy a las 10:30 horas fue muerto el individuo ALEJO VERGEL GAONA, de 28 años de edad, natural de Abrego, de estado civil casado, residente en este Municipio, sin mas datos; hechos sucedidos en el Barrio Belén de esta ciudad, se encuentra sindicado de este homicidio el señor RODOLFO BAYONA cuando la familia VERJEL tuvo conocimiento de los hechos, se traslado en compañía de la familia TORRADO a la residencia del señor EURIPIDES BAYONA con el propósito de asesinarlos, la cual se encuentra ubicada en el sitio el MOLINO, al tener conocimiento de los hechos me traslade con una patrulla hacia ese lugar con el fin de auxiliar a la familia BAYONA al llegar al sitio antes mencionado con varias armas de fuego, recibiendo el suscrito Cdte. de la Patrulla dos impactos en el uniforme, sin presentar ninguna lesión."

"Al darnos cuenta que estábamos siendo atacados los gritamos que no dispararan que era la Policía, haciendo caso omiso de la orden no quedando otra alternativa que abrir fuego, contra quienes nos estaban disparando, quedando como resultado muerto el individuo: WILLIAM VERGEL GAONA, a quien se le decomiso un revolver SMITH WESSON calibre 38 No. 889456, con tres (3) vainillas y tres (3) cartuchos en el tambor, más nueve (9) cartuchos en el bolsillo del pantalón, también se encontró una escopeta calibre 16 marca BERETA y un cartucho para la misma, la cual era portada por el individuo: GERMAN VERGEL.

"Quiero agregar al presente que el cadáver de el individuo WILLIAM VERGEL GAONA quedó dentro de la casa del señor EURIPIDES BALLONA" (fl. 3 del anexo).

5. El informe que rinde el Comandante de la Subestacion de Policía de Abrego, señala:

"Revisados los archivos y Libros del año 1986, con referencia al caso mencionado en el poligrama se constato que quien comando la patrulla fue el señor Teniente GONZALEZ PEÑA MARCO EVELIO y los agentes PICON PEREZ, MENDOZA ROQUE JULIO, GUAMPE CAMPOS y el conductor de la camioneta del cual no le figura el nombre en la minuta de Guardia ni libro de población, no figura quien dio la orden en el lugar de los hechos ni cuantos disparos se efectuaron y como resultado del operativo resulto del operativo resultó muerto WILLIAM VERGEL, sin más datos, también resulto herido

Hernán Verjel sin mas datos. -En constancia de lo anterior me permito enviar fotocopias de los folios 33 y 34 de la minuta de guardia de las anotaciones hechas en la fecha en citada." (fl. 63 C.1).

6. Hay que agregar a lo anterior las versiones que dieron los policías que tomaron parte en la operación policial, dentro del proceso disciplinario:

Luis Evelio Picón Pérez disparó 4 cartuchos (fl. 104 del proceso disciplinario); Pedro Claver Campos un número igual según la declaración anterior; Mario Becerra Sánchez, 7 (fl.30); Julio Mendoza Roque, 7 (fl.33); no existe la versión del Comandante de la Patrulla y se da por descontado que el chofer no hizo ningún disparo.

7. El agente Pedro Claver Guampe Campos declara:

"... tan pronto llegamos empezaron a disparar, entonces mi Teniente les gritó que no dispararan que era la Policía, no hicieron caso al llamado hecho, sino que siguieron disparándonos, en vista de eso procedimos a hacer usos de las armas, miré que unos de esos civiles salieron corriendo, ya cuando llegamos ahí al corredor de la casa, miramos que había un muerto ahí de nombre WILLIAM VERGEL el cual portaba en la mano derecha un revolver marca SMITH WESSON calibre 38 largo,..." (fl. 27 del expediente disciplinario).

Esta versión concuerda con lo observó el agente José Trinidad Roa Suárez (fl. 35), conductor del vehículo que transportaba la patrulla:

"...cuando ya llegamos allá se oian (sic) disparos, esperé un rato cuando ya regresó mi Teniente con los Agentes adelante de ellos venían unos civiles corriendo, de ahí llego fue mi Teniente y me ordenó que nos viniéramos a llevar el Inspector para efectuar el levantamiento de un cadáver que había en la casa,..".

De los documentos y de las versiones oficiales relacionadas anteriormente, no queda duda de que, enterada de la trifulca que se desarrollaba en la finca de los Ballona, una patrulla policial integrada por su Comandante y 5 agentes, armados todos, acudió a prestar auxilio; dieron algunas voces para advertir su presencia y ante la ineficacia de esta medida dispararon logrando que huyesen los agresores entre los cuales se contaba el occiso cuyo fallecimiento se advirtió una vez finalizada la operación.

Con estos supuestos adquieren entidad los dichos del hermano del occiso Hermel Darío Vergel Ovalles (fl.113) quien manifiesta haber visto cuando la Policía disparó en contra de William y de Antonio María Peñaranda Torrado, Personero Municipal, quien dice haber oído del teniente González esta confesión: "Señor Personero, tuve que dar de baja con seis agentes a dos toches" (fl.115).

En conclusión, la muerte de WILLIAM VERGEL es imputable a la Policía Nacional.

C. Hechos como los descritos, referentes a daños causados con el uso de armas de dotación oficial se han venido juzgado bajo los principios que sustentan el régimen de responsabilidad por falla del servicio presunta; significa lo anterior que, dando aplicación a dicho sistema, una vez que el daño reclamado e indemnizable se imputa a una persona de derecho público (en este caso La Nación -Policía Nacional), se presume en contra de ésta la comisión de una falla del servicio en el desarrollo de la acción que genero el perjuicio; de modo que a su cargo está desvirtuarla, probando, con la causa extraña, la suma diligencia y cuidado observados en la actuación, pese a lo cual, el daño se produjo.

Esta consideración sería suficiente para deducir la falla del servicio pues la despreocupación procesal de la Nación fue total, indicio que se suma, en contra suya, a los otros medios de prueba que antes se relacionaron.

De otra parte, y teniendo en cuenta que el artículo 230 de la Constitución Política dictamina que "los Jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley", es necesario dar aplicación al artículo 90 de la misma Carta que consagra la responsabilidad patrimonial del estado y la condiciona a la ocurrencia de un daño antijurídico que le sea imputable y que sea causado por la acción u omisión de las autoridades públicas.

En este caso, como lo ha venido reiterando la Sala, la demandante reclama la indemnización de un daño antijuridicidad es indudable como que lesiona un interés legítimo que el derecho no ha querido que soporte; está estructurado pues este primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En segundo término, esta también acreditado, como se dijo atrás que la muerte de William Vergel fue causada por operativo policial, circunstancia que abona la imputación del daño a cargo del Estado.

Probados los dos elementos que exige la Constitución como necesarios para el compromiso de la responsabilidad estatal de carácter patrimonial, es irrelevante para ese solo efecto, que la acción dañosa sea constituida o no de falla del servicio; esa adquirirá importancia para el arreglo final de las cuentas entre la administración y el funcionario comprometido cuando esa circunstancia se presenta, que no es del caso.

Esta es, en esencia, la interpretación que Sala ha venido haciendo de la norma constitucional para cuya consagración jugó un papel definitivo toda la construcción jurisprudencial anterior que sirvió para deducir responsabilidad patrimonial al Estado bajo regímenes diversos.

D. Probado como está que la demandante es la madre del difunto (fl. 2 y 13) se

debe reconocer en su favor el daño moral e indemnizado con una suma equivalente a 1.000 gramos de oro puro al precio nacional que certifique el Banco de La República para la fecha de ejecutoria de este fallo.

En cambio el perjuicio material no se probó, aparte de que al momento de su muerte, el occiso estaba muy cercano a cumplir los 25 años, fecha que, según lo ha deducido la Sala, marca el limite para la indemnización de dicho prejuicio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Revócase el fallo apelado y en su lugar SE DISPONE:

PRIMERO: Declárase patrimonialmente responsable a la Nación Policía nacional de los perjuicios morales que sufrió Sofía Ovalles Vda. de Vergel por la muerte de su hijo William Vergel Ovalles ocurrida el 21 de enero de 1986 en hechos que se narran en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Condenase a la Nación -Policía Nacional a pagar en favor de Sofía Ovalles Vda. de Vergel la suma equivalente al precio nacional de MIL (1.0000) gramos de oro, según lo certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de este fallo.

TERCERO: La suma anterior devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de ese lapso.

Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A, para lo cual se expedirá copia de esta sentencia con constancia de su ejecutoria con destino a la Policía Nacional y a la parte actora (Art. 115 C. de P. C.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en fecha veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

RESPONSABILIDAD POR RIESGO

En la valoración de los medios de prueba no se vislumbra falta o falla del servicio y en esas condiciones a fín de deducir la responsabilidad de la administración plena operancia la teoría que permite cimentarla con base en el riesgo excepcional. La tragedia no fue generada por la culpa de la administración ni de la víctima. Pero el daño ocurrió y tuvo, a no dudarlo, su causa eficiente en el riesgo especial creado por los cables de conducción empleados para la prestación del servicio público de energía eléctrica y en tal virtud la administración está obligada a reparar el daño patrimonial causado a la demandante. La lesión padecida por la víctima no debe soportarla ésta ni sus causahabientes; antes bien, con fundamento en lo prescrito por el artículo 90 de la Carta Política, se impone su resarcimiento.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera
Santafé de Bogotá, D.C., veintidós de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

REF.: EXPEDIENTE No.7141 ACTOR: PEDRO ANTONIO ARAGON APARICIO Y OTRA,-

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 30 de septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca Sección Primera, mediante la cual dispuso:

"PRIMERO- DECLARAR que el establecimiento Público Instituto Descentralizado del orden Municipal demandado, EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI-, es responsable administrativamente de la muerte por electrocución de la señora AMPARO ALVAREZ SANTA, ocurrida en el Corregimiento

"MONTEBELLO" jurisdicción del Municipio de Cali, el día 27 de diciembre de 1988.

"SEGUNDO- Como consecuencia de la declaración anterior, CONDENASE al Establecimiento Público Instituto descentralizado del Orden Municipal demandado, EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI-, a reconocer y pagar a AMPARO ARAGON ALVAREZ, como compensación del daño moral, lo que valgan UN MIL GRAMOS DE ORO (1.000), en la fecha de la ejecutoria de la sentencia conforme a certificación del BANCO DE LA REPUBLICA.

"TERCERO -Estese lo dispuesto por el inciso 5o del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

"CUARTO -El Establecimiento Público, Instituto Descentralizado del Orden Municipal denominado EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI, debe dar cumplimiento al fallo, en los términos que expresan los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"QUINTO -NIEGANSE LAS DEMAS PETICIONES DE LA DEMANDA". (fols. 144-145).

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda.-

Con fecha de junio 27 de 1989, PEDRO ANTONIO ARAGON APARICIO, actuando en nombre propio y en representación de sus menor hija AMPARO ARAGON ALVAREZ, obrando por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formulado demanda en contra del establecimiento público EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI-.

En su condición de compañero permanente extramatrimonial el actor solicita declarar a la entidad pública administrativa y patrimonialmente responsable de los daños de la muerte por electrocución de AMPARO ALVAREZ SANTA, hecho ocurrido en las horas de la noche del 27 de diciembre de 1988 a causa de haber hecho contacto con un cable del fluido eléctrico público que se había roto, y colgaba hasta el piso sin que por otra parte existiera la correspondiente señal de peligro en el corregimiento de Montebello del Municipio de Cali en el departamento del Valle del Cauca.

Como consecuencia de esa muerte que se atribuye a una falla del servicio a cargo de la administración solicitan condenar a la demandada a pagarle a la citada menor de edad la indemnización correspondiente a los siguientes factores: a.- Por perjuicios morales subjetivos, pretium doloris, la suma equivalente en pesos colom-

bianos a dos mil (2.000) gramos de oro fino que se fijá así teniendo en cuenta la desvalorización de la moneda y el fin perseguido con la condena de satisfacción y no de compensación; b.- Por perjuicios patrimoniales directos y por daño emergente los gastos funerarios por $143.500.00 y de agencias de derecho $200.000.00 y; c.- Por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de $5.528.000.00 en que estiman lo que víctima dejo de producir en la vida probable que le quedaba, con lo cual a su vez habría contribuido al sostenimiento económico de su menor hija sobreviviente, quien quedó, totalmente desesperada.

2.- Fundamentos de hecho.-

Aparecen relacionados a folios 21 y 22 y se reducen en síntesis a los siguiente:

PEDRO ANTONIO ARAGON APARICIO y AMPARO ALVAREZ SANTA, se relacionaron y procrearon en unión libre extramatrimonialmente a la menor AMPARO ARAGON ALVAREZ, quien nació el 21 de mayo de 1971. La víctima había nacido el 8 de octubre de 1950 y para cuando el suceso contaba con 38 años de edad, luego su vida probable de ahí en adelante hubiera sido de 31.71 años; con el producido de su trabajo atendida no solo a su congrua subsistencia, sino también al sostenimiento de su hija, su progenitora y la de un hermano mayor de edad pero inhabilitado para laborar en razón de padecer de epilepsia. Para atender a esa carga familiar se desempeñaba como costurera, vendedora de chance y eventualmente explotaba un puesto de fritanga, todo lo cual le producía unos ingresos promedio de $100.000.00 pesos mensuales.

Las circunstancias concretas que rodearon la tragedia se relatan de la manera siguiente en la demanda:

> "Primero: El día 27 de diciembre de 1988 por causas que se desconocen se reventó sobre la vía pública un cable conductor del fluido eléctrico en el corregimiento denominado MONTEBELLO"
>
> "Lamentablemente el hecho narrado, que ha venido siendo constante en la zona causando daños físicos a las personas y a las cosas, en esta oportunidad efecto a la señora AMPARO ALVAREZ SANTA quien cuando se movilizaba dentro del corregimiento en compañía de su hija AMPARO ARAGON ALVAREZ (sobre las 22:30 y las 23:00 aproximadamente) sin haber sido advertida de la rotura del cable murió por la electrocución salvándose "milagrosamente" su hija acompañante. La occisa era titular de la cédula de ciudadanía número 31.213.376 de Cali"
>
> "De los hechos conoció la policía METROPOLITANA DE CALI-SUB ESTACION MONTEBELLO, de acuerdo con la certificación expedida por ellos y tomada de su libro #31"

"Tercero: Al cadáver de la señora Alvarez Santa, Medicina Legal le practicó la necropsia #ML-88-2351 diagnosticando muerte por electrocución.".

"Quinto: Siguiendo lo roturado por el C.C.A. y haciendo uso de la vía gubernativa el 26 de enero de 1989 avise del siniestro a la entidad demandada y el día 9 de febrero de 1989 entregue a la atención de: SEÑOR GERENTE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI (EMCALI) ENERGIA, la correspondiente demanda de indemnización de perjuicios materiales y morales causados. A mi escrito de demanda de indemnización la entidad demandada dio respuesta con su oficio #4S.Bse.110.89 del 20 de Febrero de 1989 en la cual manifiestan que en un plazo no mayor de 60 días darían respuesta al particular, por cuanto estarían trasladando la reclamación a la aseguradora y a los intermediarios de la póliza (agentes vendedores)."

"El 17 de Marzo de 1989 recibí copia de la carta de objeción $DI-01892 que la Aseguradora Colseguros S.A. por póliza RC-4537-5 dio el 27 de Febrero de 1989 a EMCALI-ENERGIA por lo que el 21 de Marzo de 1989 opté por solicitar a la entidad demandada la devolución de la documentación aportada para iniciar esta acción lo cual de manera inexplicable y pese a mis reiteradas solicitudes hasta la fecha no lo han hecho."

"Sexto: A pesar de que la aseguradora señalo en su carta a la entidad demandada"... consideramos que para poder atender la presente reclamación es necesario que se presente sentencia judicial ejecutoriada donde se establezca la responsabilidad del asegurado y el monto de los perjuicios.". (sic) (subrayas mías y demuestran la dilación de la aseguradora para atender a sus compromisos) la entidad demandada bien por un marcado desconocimiento de las normas administrativas, a la cual están obligados me manifestaron en su oficio del 13 de Abril de 1989 #4-SBSe-208-89, que habían conversado con los intermediarios de la póliza para que la ASEGURADORA COLSEGUROS reconsiderara su objeción. Es decir se valen de unos terceros para que quien deba responder lo haga cuando la relación debió ser directa entre la entidad demandada y la aseguradora quien en síntesis es quien asume y paga los riesgos, si es que la contratación de los cubrimientos fue acertada y técnica.

"Con todo queda de bulto que la entidad demandada en lugar de recurrir a su propio departamento jurídico conforme se deben a propios estatutos optan por hacerlo ante terceros quienes por normas de la propia SUPERBANCARIA no tienen esas facultades ni atribuciones dentro del marco de su objeto social. Además porque tampoco están en condiciones de modificar la determinación de la aseguradora, lo que viene a configurar así una dilación innecesaria y violatoria de los principios orientadores que regulan las acciones administrativas, según el artículo 3 del C.C.A."

"Séptimo: El tendido de las redes eléctricas y el fluido eléctrico en el corregimiento denominado MONTEBELLO, a que me refiero en el hecho pri-

mero, fue inaugurado y entregado el día DEL CAMPESINO ó cuatro (4) de junio de 1989, por las autoridades del municipio de Cali, en ceremonia especial, lo cual es de público conocimiento. Es decir que para la fecha en que para la fecha en que ocurrieron los hechos, ó 27 de Diciembre de 1988 éste servicio e instalaciones estaban en prueba y por tanto sometidas a las exigencias de esta etapa y, obviamente reguladas por la póliza de ESTABILIDAD DE LA OBRA". (folios 21-22 y 23).

El fundamento jurídico del petitum, está relacionado al folio 23 del expediente.

3.- La actuación procesal en la primera instancia.-

Practicada la notificación del auto admisorio de la demanda. las Empresas Municipales de Cali -EMCALI- comparecieron al proceso por medio de apoderado especial quien estando en oportunidad contestó el libelo, propuso las excepciones que denomino de "inexistencia de responsabilidad administrativa de Emcali", "carencia de facultades legales para presentar la demanda en representación de Amparo Aragón Alvarez" y "la innominada" que hizo consistir en cualquier hecho que aparezca demostrado en el plenario capaz de desvirtuar las súplicas formuladas por la parte actora y por último, solicito la práctica de pruebas; la apoderada de la entidad pública acepta que ocurrió el daño, pero que él no le es imputable a su representada pues la ruptura del cable que lo produjo se debió "a una fuerte descarga eléctrica (rayo) que cayó sobre él, antecedida por un fuerte aguacero que colocó a la entidad en imposibilidad de impedir esa lesión generada en tal fenómeno" (fols. 39 a 48).

Las pruebas que fueron solicitadas por las partes se consideraron procedentes, salvo en lo concerniente a la declaración de la propia demandante, salvo en lo concerniente a la declaración de la propia demandante, y fueron decretadas mediante auto de abril 23 de 1990, siendo allegados de manera regular y oportuna a la actuación.

Transcurrido el término que les fue concedido para acreditar tanto los supuestos de hecho de las pretensiones como de la impugnación, se corrió traslado del proceso a fin de que las partes pudieran alegar de conclusión y así mismo que la Fiscalía rindiera su concepto de fondo (113); en esa oportunidad, la parte actora solicito resolver favorablemente las pretensiones de la demanda en vista a que el haz probatorio permite determinar la responsabilidad exclusiva de la administración en esa muerte y su obligación correlativa de resarcir los perjuicios.

En su escrito, el mandatario judicial relieva que la administración por ningún medio logró establecer la existencia de la fuerza mayor que salga genero el daño, es decir, la situación metereológica en el sector para el día de los hechos y la prueba que la ruptura del cable recién producido por causa de un rayo, no por defectos de instalación, fatiga del material, problemas de calidad. etc., (fols. 114 a 116).

En el escrito que en tal oportunidad presento la mandataria judicial de la parte demandada, solicita absolver a su representada por el hecho de la ruptura del cable

conductor de la energía eléctrica en el sector de Montebello y por ende de la muerte de la señora AMPARO ALVAREZ SANTA, ya que "mediante las pruebas allegadas es fácil deducir que en primer lugar el daño causado se debió tanto a razones de fuera mayor o caso fortuito como a la culpa de la víctima".

A fin de acreditar la primera causal que esgrime como eximente, solicita tener en cuenta las declaraciones recogidas en la actuación en las que se afirma que cuando ocurrió el suceso había llovido presentándose descargas eléctricas, lo cual fue debidamente corroborado en las declaraciones receptadas a los empleados de la misma entidad; la segunda causal liberatoria o de culpa de la víctima, la hace consistir en la falta de sentido natural y común en el instinto de conservación de la víctima, por cuya culpa exclusiva ocurrió la tragedia "pues a sabiendas de las frecuentes descargas eléctricas en el sector de Montebello producidas por las minas de carbón como muchos de los declarantes y habitantes del sector lo manifestaron, debió tomar las precauciones del caso". (Fols. 117 a 122).

La Fiscalía del Tribunal, en el concepto que rindió, solicita despachar favorablemente las pretensiones de la demanda que se ajustan a la normatividad y a la jurisprudencia que se aplica a procesos de esta naturaleza. Frente al acopio probatorio, dice, surge claro que no se puede determinar la responsabilidad de la administración por falla o falta del servicio y también que no hubo culpa de la víctima.

Así las cosas, estima que se debe acudir a la teoría del riesgo excepcional pues, afirma "En el caso sub examine la conducción de energía eléctrica es considerada un riesgo excepcional y al no comprobarse como se dijo antes, la culpa de la víctima, se puede decir que se presenta la Responsabilidad de la administración sin falta".

Con base en las inferencias obtenidas procedentemente, colige que la demandante hija de la víctima tiene derecho a recibir indemnización por los perjuicios morales que reclama, pero solo hasta el monto que tiene establecido la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo; además, los honorarios de abogado que hacen parte del concepto costas del juicio, deben negarse. (fols. 123 a 128).

4.- La sentencia recurrida.-

En el fallo materia de este recurso de apelación, visible a los folios 129 a 145, el Tribunal declaró la improsperidad de los medios de defensa que la demandada esgrimió como excepciones. De la descrita como de "inexistencia de responsabilidad", afirma que no constituye excepción sino simplemente una negación del derecho pretendido por el actor; respecto de la representación de AMPARO ARAGON ALVAREZ, advierte que su padre extramatrimonial debió incoar la demanda a su nombre, ya que para esa época y según el certificado de registro civil de nacimiento no tenía la mayoría de edad y por lo tanto carecía de facultad para actuar por si misma; y finalmente, la innominada porque no aparece acreditado un hecho impeditivo o extintivo del derecho pretendido por la parte actora.

Acoge el planeamiento hecho por la Fiscalía de que en el asunto sub lite no se puede determinar la responsabilidad de la administración bajo el régimen de la falla o falta del servicio y también converge con su colaborador del Ministerio Público en que el acopio probatorio enseña que en el caso no hubo culpa de la víctima.

En criterio de *a quo*, la controversia debe resolverse con sujeción a la teoría del riesgo excepcional, de la cual transcribe la jurisprudencia de la Sala, en la cual se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado cuando en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio público de beneficio común se emplean medios o recursos que exponen a los asociados a riesgos que excedan a los que como contrapartida normalmente deben soportar y en tales circunstancias, al configurarse el siniestro, la administración debe reparar el patrimonio del administrador que ha sido lesionado. Frente a la situación concreta, hace las reflexiones siguientes:

> "Considera la Sala que en el caso en estudio, hay responsabilidad sin falta, toda vez que las Empresas Municipales de Cali, al establecer la conducción de energía en las vías urbanas, creo un riesgo excepcional para los administradores, riesgo que ocasionó la muerte por electrocución de la señora AMPARA ALVAREZ SANTA, el día 27 de diciembre de 1988, según Registro de Defunción Nro.167217 de la Notaria Doce del Círculo de Cali, y de la cual es responsable el ente administrativo demandado.". (Fol. 143).

Probada plenamente la responsabilidad de la administración en aquella muerte generada en un riesgo excepcional creado por la demandada y acreditada la legitimación en la causa, el Tribunal al examinar las pretensiones consecuentes concluye que AMPARO ARAGON ALVAREZ tiene derecho a los perjuicios morales que reclama pero solo hasta el equivalente en pesos colombianos a mil (1000) gramos de oro fino; los perjuicios materiales pedidos en la demanda a titulo de lucro cesante, se los negó en atención a que productividad laboral de la occisa no aparece demostrada en parte alguna de la actuación.

5.- Las alegaciones en la segunda instancia.-

Inconforme con la decisión en lo favorable a sus intereses, la parte actora la apelo oportunamente. En el escrito de sustentación que presento su apoderado, pide revolcarla en cuanto denegó los perjuicios materiales que se solicita le sean reconocidos por las siguientes razones fundamentales: La primera, porque los perjuicios materiales directos o por daño emergente se hallan acreditados mediante el recibo por gastos funerarios en cuantía de $143.000.00 y justificado el reconocimiento de los honorarios de abogado ya que la perjudicada no está facultada para litigar en causa propia y debió comparecer a este juicio a causa del daño que le produjo la administración; la segunda y ultima, en virtud de que la actividad productiva y parte de la renta que obtenía la occisa se halla debidamente establecida por medido del documento privado y autentico visible al folio 20 del cuaderno principal el cual amerita el otorgamiento de los perjuicios materiales que en la modalidad de lucro cesante reclama la demandante.

conductor de la energía eléctrica en el sector de Montebello y por ende de la muerte de la señora AMPARO ALVAREZ SANTA, ya que "mediante las pruebas allegadas es fácil deducir que en primer lugar el daño causado se debió tanto a razones de fuera mayor o caso fortuito como a la culpa de la víctima".

A fin de acreditar la primera causal que esgrime como eximente, solicita tener en cuenta las declaraciones recogidas en la actuación en las que se afirma que cuando ocurrió el suceso había llovido presentándose descargas eléctricas, lo cual fue debidamente corroborado en las declaraciones receptadas a los empleados de la misma entidad; la segunda causal liberatoria o de culpa de la víctima, la hace consistir en la falta de sentido natural y común en el instinto de conservación de la víctima, por cuya culpa exclusiva ocurrió la tragedia "pues a sabiendas de las frecuentes descargas eléctricas en el sector de Montebello producidas por las minas de carbón como muchos de los declarantes y habitantes del sector lo manifestaron, debió tomar las precauciones del caso". (Fols. 117 a 122).

La Fiscalía del Tribunal, en el concepto que rindió, solicita despachar favorablemente las pretensiones de la demanda que se ajustan a la normatividad y a la jurisprudencia que se aplica a procesos de esta naturaleza. Frente al acopio probatorio, dice, surge claro que no se puede determinar la responsabilidad de la administración por falla o falta del servicio y también que no hubo culpa de la víctima.

Así las cosas, estima que se debe acudir a la teoría del riesgo excepcional pues, afirma "En el caso sub examine la conducción de energía eléctrica es considerada un riesgo excepcional y al no comprobarse como se dijo antes, la culpa de la víctima, se puede decir que se presenta la Responsabilidad de la administración sin falta".

Con base en las inferencias obtenidas procedentemente, colige que la demandante hija de la víctima tiene derecho a recibir indemnización por los perjuicios morales que reclama, pero solo hasta el monto que tiene establecido la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo; además, los honorarios de abogado que hacen parte del concepto costas del juicio, deben negarse. (fols. 123 a 128).

4.- La sentencia recurrida.-

En el fallo materia de este recurso de apelación, visible a los folios 129 a 145, el Tribunal declaró la improsperidad de los medios de defensa que la demandada esgrimió como excepciones. De la descrita como de "inexistencia de responsabilidad", afirma que no constituye excepción sino simplemente una negación del derecho pretendido por el actor; respecto de la representación de AMPARO ARAGON ALVAREZ, advierte que su padre extramatrimonial debió incoar la demanda a su nombre, ya que para esa época y según el certificado de registro civil de nacimiento no tenía la mayoría de edad y por lo tanto carecía de facultad para actuar por si misma; y finalmente, la innominada porque no aparece acreditado un hecho impeditivo o extintivo del derecho pretendido por la parte actora.

Acoge el planeamiento hecho por la Fiscalía de que en el asunto sub lite no se puede determinar la responsabilidad de la administración bajo el régimen de la falla o falta del servicio y también converge con su colaborador del Ministerio Público en que el acopio probatorio enseña que en el caso no hubo culpa de la víctima.

En criterio de *a quo*, la controversia debe resolverse con sujeción a la teoría del riesgo excepcional, de la cual transcribe la jurisprudencia de la Sala, en la cual se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado cuando en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio público de beneficio común se emplean medios o recursos que exponen a los asociados a riesgos que excedan a los que como contrapartida normalmente deben soportar y en tales circunstancias, al configurarse el siniestro, la administración debe reparar el patrimonio del administrador que ha sido lesionado. Frente a la situación concreta, hace las reflexiones siguientes:

> "Considera la Sala que en el caso en estudio, hay responsabilidad sin falta, toda vez que las Empresas Municipales de Cali, al establecer la conducción de energía en las vías urbanas, creo un riesgo excepcional para los administradores, riesgo que ocasionó la muerte por electrocución de la señora AMPARA ALVAREZ SANTA, el día 27 de diciembre de 1988, según Registro de Defunción Nro.167217 de la Notaria Doce del Círculo de Cali, y de la cual es responsable el ente administrativo demandado.". (Fol. 143).

Probada plenamente la responsabilidad de la administración en aquella muerte generada en un riesgo excepcional creado por la demandada y acreditada la legitimación en la causa, el Tribunal al examinar las pretensiones consecuentes concluye que AMPARO ARAGON ALVAREZ tiene derecho a los perjuicios morales que reclama pero solo hasta el equivalente en pesos colombianos a mil (1000) gramos de oro fino; los perjuicios materiales pedidos en la demanda a titulo de lucro cesante, se los negó en atención a que productividad laboral de la occisa no aparece demostrada en parte alguna de la actuación.

5.- Las alegaciones en la segunda instancia.-

Inconforme con la decisión en lo favorable a sus intereses, la parte actora la apelo oportunamente. En el escrito de sustentación que presento su apoderado, pide revolcarla en cuanto denegó los perjuicios materiales que se solicita le sean reconocidos por las siguientes razones fundamentales: La primera, porque los perjuicios materiales directos o por daño emergente se hallan acreditados mediante el recibo por gastos funerarios en cuantía de $143.000.00 y justificado el reconocimiento de los honorarios de abogado ya que la perjudicada no está facultada para litigar en causa propia y debió comparecer a este juicio a causa del daño que le produjo la administración; la segunda y ultima, en virtud de que la actividad productiva y parte de la renta que obtenía la occisa se halla debidamente establecida por medido del documento privado y autentico visible al folio 20 del cuaderno principal el cual amerita el otorgamiento de los perjuicios materiales que en la modalidad de lucro cesante reclama la demandante.

En el término que se les concedió para formular sus alegatos de conclusión y emitir su concepto de fondo en esta segunda instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (fls. 160 y 161).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que la sentencia recurrida habrá de confirmarse en lo fundamental, en razón a que la Sala comparte en su integridad los análisis que hizo, así como las conclusiones a que llego el Tribunal, los que permiten deducir validamente que se hallan reunidos los supuestos que con aplicación de la teoría del riesgo excepcional comprometen la responsabilidad de la administración por el daño patrimonial antijurídico de que da cuenta el asunto sub lite, cuya reparación correrá a cargo de las EMPRESA MUNICIPALES DE CALI -EMCALI-; además resultan acreditados los presupuestos exigidos para hacer condena al pago de perjuicios materiales por lucro cesante a favor de AMPARO ARAGON ALVAREZ los que se liquidaron en concreto con esta providencia.

Con fundamento en la aplicación del clásico principiò general de derecho iura novit curia, la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene establecido en acciones de esta naturaleza que el fallador está habilitado para determinar autónomamente el régimen de responsabilidad extracontractual estatal en que habrá de subsumirse la realidad procesal objeto de decisión.

El *a-quo* estuvo acertado en la solución que dió al caso en estudio, puesto que en la valoración de los medios de prueba no se vislumbra falta o falla del servicio y en condiciones a fin de deducir la responsabilidad de la administración tiene plena operancia la teoría que permite cimentarla con base en el riesgo excepcional. las Empresas Municipales de Cali, están encargadas entre otros de prestar el servicio de energía eléctrica a la vereda Montebello del Municipio de Cali y por lo mismo, tal organismo debe asumir las cargas que se pueden derivar de la ocurrencia de un siniestro en la conducción de ese fluido.

El examen critico de aquella realidad recogida en el proceso y en particular de las declaraciones rendidas por los testigos y en particular de las declaraciones rendidas por los testigos presenciales, ilustra amplia y suficientemente las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la tragedia.

Muy cerca a la que era casa de habitación de la occisa, pasan diferentes líneas de alto y bajo voltaje que EMCALI emplea para prestar el servicio de energía eléctrica a la comunidad de Montebello, lo cual constituye un serio riesgo para los circunvecinos; según lo manifestado por la propia entidad, la situación de riesgo se ve agravada por el hecho de que en el lugar existen algunas explotaciones de carbón que hacen que hayan descargas eléctricas o rayos con mayor intensidad de lo usual en otras partes, los cuales, revientan aquellos cables frecuentemente, fenómeno que se afirma por los moradores de la región.

Por razones que no fueron clarificadas en el plenario, para cuando ocurrió el fatal accidente el cable conductor de energía de alta tensión se reventó y sus extremos cayeron sobre la vía pública. Hacia las 8.30 a 9.00 de la noche de aquel 27 de diciembre de 1988, la occisa y su hija menor de edad regresaban a su hogar, cuando de pronto aquella hizo contacto con el cable, recibiendo una fuerte descarga que la fulminó de manera instantánea; después "a eso de 9.30 a 10.00 de la noche paso un muchacho en monto, llamado Rubiel, quien desconectó el cable y así pudieron levantar a la señora, llevándosela para el hospital ya muerta".

El momento preciso en que se reventó el cable, así como la causa eficiente de que ello ocurriera, no se logro establecer con toda certeza. La administración arguyó pero no lo probo que el hecho se produjo durante un fuerte aguacero acompañado de tormentas eléctricas, rayos que son atraídos de manera especial por minas de carbón circundantes, lo que hace el rompimiento del cableado sea común en la zona; en el asunto sub-lite, se desconoce por completo en que instante se produjo el corte del cable si fue coetáneo al daño o lo procedió, con tiempo suficiente para cortar el fluido o impedir el paso de las personas. De otro lado, nada permite afirmar que la víctima hubiera tenido en participación alguna en la fractura del cable y menos que en forma conciente hubiera contactado el electrificado; pero tampoco se demostró que tuviera su causa en cualquiera de las hipótesis que planteo la parte demandada como exceptivas de responsabilidad que la exonerara de la misma. Adicionalmente, tales deficiencias, no revelan de responsabilidad a la administración en el ejercicio de esa actividad peligrosa al mismo tiempo impiden afirmar que esté acreditada la eximente de fuerza mayor alegada por aquella.

Hecho el análisis de rigor, se concluye que la tragedia no fue generada por la culpa de la administración ni de la víctima. Pero el daño ocurrió y tuvo, a no dudarlo, su causa eficiente en el riesgo especial creado por los cables de conducción empleados para la prestación del servicio público de energía eléctrica y en tal virtud la administración esta obligada a reparar el daño patrimonial causado a la demandante. La lesión padecida por la víctima no debe soportarla ésta ni sus causahabientes;, antes bien, con fundamento en lo prescrito por el artículo 90 de la Carta Política, se impone su resarcimiento.

LA CONDENA AL PAGO DE LOS PERJUICIOS

Como en el proceso se hallan reunido a cabalidad los supuestos de la responsabilidad sin falta y está acreditada la legitimación en la causa, la joven hija de la occisa tiene derecho al resarcimiento económico buscado en la demanda.

A.- Los perjuicios morales

Conforme a la actual orientación jurisprudencial del Consejo de Estado en procesos de esta naturaleza se presume que el daño antijurídico causado a una persona natural por la acción u omisión de las entidades públicas genera dolor y aflicción

entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad y primero civil ya sean ascendientes, descendientes, colaterales o si se trata del cónyuge; como es lógico entenderlo para liberarse de las obligaciones dinerarias que de ahí se pueden derivar, la presunción impone a la administración a probar en contrario, vale decir y para el caso concreto que las relaciones filiales se hallan debilitadas en forma notoria, se han tornado inamistosas, o incluso que se han deteriorado totalmente.

En esas condiciones y como su avaluación se ajustó a los lineamientos jurisprudenciales sobre la materia, se confirmará lo resulto por el a-quo en lo concerniente a los perjuicios morales subjetivos que otorgó a la demandante AMPARO ARAGON ALVAREZ. El precio del gramo de oro que se tendrá en cuenta para el pago de esos perjuicios morales será el interno para cuando cobre ejecutoria esta providencia, el que certificará el Banco de la República para entonces; a tal efecto la parte actora allegará con la cuenta de cobro, la citada certificación.

B.- Los perjuicios materiales

No prospera la pretensión del recurrente para que se imponga la condena al pago de los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente: en lo atinente a los gastos funerarios, en virtud de que el contenido del documento privado con el cual se pretende acreditar su importe no fue ratificado mediante las formalidades señaladas para la prueba de testigos, como lo prevé el ordinal 2 del Art. 377 del C.P.C., las agencias en derecho, aunque se hubiera establecido su monto, que no lo fue, en atención a que la parte vencida en este juicio está constituida por una entidad pública a la cual no puede imponérsele una carga procesal de esa naturaleza, por prohibirlo expresamente el artículo 171 del C.C.A.

Con apoyo en la prueba testimonial y en la obligación alimentaria que a cargo de los padres y en favor de los hijos impone el artículo 411 del C.C., prospera la pretensión del recurrente en lo que se refiere a la condena al pago de los perjuicios materiales por lucro cesante y su liquidación se ajustará a las siguientes pautas:

a. La indemnización cubrirá el tiempo transcurrido entre el suceso trágico y hasta cuando la beneficiaria cumplió la mayoridad; como nació el 21 de mayo de 1971, la fecha final de la liquidación será el 21 de mayo de 1989.

b. En virtud a que no se logró establecer con precisión los ingresos de trabajo de la víctima, la renta base será el salario mínimo legal para cuando ocurrió el siniestro, el 27 de diciembre de 1988, establecido por el decreto 0254 de 1987 en $25.637,40 pesos mensuales.

A ese salario se deduce un 50% que se presume la occisa destinaba a atender a su propia subsistencia, o sea 12.818.70; los ingresos así establecidos no se actualizarán porque no se pidió hacerlo en la demanda.

c. La indemnización comprende un solo período ya vencido, que corres desde el 27 de diciembre de 1988 al 21 de mayo de 1989, para un total de 4.8 meses para calcular se aplicará la fórmula:

$$S = Rh \quad \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Hecha la conversión, la condena quedará así:

$$S = 12.818.70 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{4.8} - 1}{0.004867}$$

$$S = 62.101.00$$

La indemnización por perjuicios materiales asciende a $62.101.00 y devengará intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de ese término.

En mérito de los expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMANSE los ordinales PRIMERO A CUARTO de la sentencia recurrida, esto es, la del 30 de septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera.

SEGUNDO. MODIFICASE el ordinal QUINTO del fallo recurrido, el cual quedará así:

Quinto. Como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal primero igualmente condénase a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI a pagar, por concepto de perjuicios materiales, a AMPARO ARAGON ALVAREZ, o a quien sus derechos represente, la suma se SESENTA Y DOS MIL CIENTO UN PESOS ($62.101.00) MONEDA CORRIENTE.

TERCERO. Las sumas liquidadas por perjuicios morales y materiales, devengarán intereses comerciales durante los seis meses (6) siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios de ahí en adelante.

CUARTO. DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

QUINTO. Con el objeto de que se dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A. se expedirán copias de las sentencias, con constancia de su ejecutoria, con destino a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI - y a la parte actora, para los fines previstos por el artículo 115 del C.P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión de fecha, veintidos (22) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA/CONSCRIPTO

Está debidamente demostrado que el día de los acontecimientos el suboficial era el superior jerárquico del lesionado y que ante la conducta si se quiere imprudente de aquel, que al tratar de descargar su arma oficial permitió que se le disparara, reaccionó en forma además desproporcionada, totalmente inapropiada, al darle un golpe en la cara de tal magnitud, que aunque se le prestó la atención médica oportuna, le causó injustamente la lesión permanente de la pérdida total de la visión por el ojo derecho, con todas las consecuencias que el daño puede conllevar. Independientemente de la intencionalidad de la conducta asumida por el autor del daño, situación que lo responsabilizaría penalmente, para la Sala es ostensible de la falla en el servicio, por cuanto comportamiento del lesionado, no ameritaba una reacción de características tan graves y violentas como la asumida por el superior, máxime cuando éste contaba con otros medios para sanciones al imprudente, si fuere el caso.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., quince de octubre de mil novecientos noventa y dos

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suarez Hernandez*

Ref: Expediente No 7281. Actor: Javier Cardozo Mendoza

Conoce la Sala del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de enero 20 de 1.992, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante la cual se dispuso:

1). Declarar administrativamente responsable a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por falla o falta del servicio en la que de

manos del sub-oficial Edgar Suarez Contreras el día 27 de diciembre de 1988 en la circunstancias ya analizadas.

" Que como consecuencia de la anterior declaración condénase a la Nación - Ejército Nacional a pagar por perjuicios morales subjetivos los siguientes valores:

a) Quinientos (500) gramos oro al señor Javier Cardozo Mendoza.

b) Quinientos (500) gramos oro al señor Alsemo Cardozo Camargo.

c) Quinientos (500) gramos oro al señora Barbara Mendoza de Camargo.

b) Doscientos (200) gramos oro al señor María Aiden Cardozo Mendoza.

e) Doscientos (200) gramos oro al señor Arcenio Cardozo Mendoza.

f) Doscientos (200) gramos oro al señor Maria Neyi Cardozo Mendoza.

"Estos valores se consideran como condena '"Inconcreto '" y se tasarán de acuerdo con certificación del Banco de la República, sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia, y se pagarán a favor de las personas antes nombradas o quien acredite estar facultado por ellos para recibir en sus respectivos nombres.

3.- Cúmplase esta condena en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A, con expresa advertencia de que en ningún caso se pagarán intereses sobre intereses."

ANTECEDENTES

1-. La Demanda

Los demandantes, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron ante el Tribunal Administrativo del Caquetá, que la jurisdicción efectué las siguientes declaraciones y condenas:

" PRIMERA: La Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional- es administrativamente responsable de las lesiones personales ocasionadas al señor Javier Cardozo Mendoza ocurridas el día 27 de Diciembre de 1988 en el municipio de San Vicente del Caguán (Caquetá), por acción del Cabo del Ejército Nacional Edgar Suarez Contreras, adscrito al Batallón de Infantería Cazadores No. 36 (Lesiones causadas en el ojo derecho del señor Cardozo Mendoza).

"SEGUNDA: La Nación Colombiana - Ministerio de defensa Nacional - Ejército Nacional pagará a cada uno de los señores Javier Cardozo Mendoza, Anselmo Cardozo Camacho, Barbara Mendoza de Cardoza, Faiver Cardozo Mendoza, Maria Aiden Cardozo Mendoza, Arsenio Cardozo Mendoza y Maria Neyi Cardozo Mendoza la cantidad equivalente a un mil (1.000) gramos de oro fino, por concepto de perjuicios morales causados por las lesiones personales del primero como víctima a sus padres, a sus hermanos, respectivamente, por parte del Cabo del Ejército Nacional Edgar Suarez Contreras de acuerdo al valor del gramo del oro fino para la fecha en que la Nación Colombiana dé cumplimiento al art.176 del decreto 01 de 1984, o para la fecha cuando quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin al proceso en forma definitiva, certificado por el Banco de la República.

"TERCERA: La Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional - pagará a los señores Javier Cardozo Mendoza. Anselmo Cardozo Camacho, Barbara Mendoza de Cardozo, Faiver Cardozo Mendoza, Maria Aiden Cardozo Mendoza, Arsenio y Maria Neyi Cardozo Mendoza, los perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante ocasionados por las lesiones personales ocasionadas al señor Javier Cardozo Mendoza, en la cuantía que se demuestre dentro del proceso, o mediante la liquidación establecida y vigente del C.P.C o en su defecto en la calidad equivalente a Cuatro Mil (4.00) gramos de oro fino de acuerdo al valor que certifique el Banco de la República para la fecha ejecutoria del a sentencia, de conformidad con el art.107 del decreto 100 de 1.980.

"CUARTA: La Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional - dará cumplimiento a la sentencia en el término indicado en el artículo 176 de decreto 01 de 1984 y en la forma y modo indicados en los artículos 177 y 178 de la misma obra". (fol. 2).

2.- Los Hechos

Se relata en la demanda que el día 27 de diciembre de 1988, al momento del cambio de guardia, al soldado Javier Cardozo Mendoza se le disparó involuntariamente el fusil de dotación oficial, siendo recrimiendo de manera violenta por el Cabo Edgar Suárez Contreras, quien lo golpeó en el ojo derecho.

La consecuencia del golpe recibido fue un trauma en la región frontal y occipital, con posterior hemorragia vitra en el ojo derecho y desprendimiento de retina (Síndrome de Terson). En julio de 1989, se le practicó Vitrectomía - Retonopexia, en el mismo ojo con pérdida total de la visión.

Según el dictamen médico, su capacidad laboral se vio disminuida en un diez y nueve punto cinco por ciento (19.5) . La pérdida de la visión y la disminución de su capacidad laboral, ocasionó profundas depresiones en la victima, nó solo por conse-

cuencias en el aspecto físico y estético de su rostro. Su familia también ha sufrido, moral y materialmente, con lo acontecido a uno de sus miembros.

3- La Sentencia Consultada

Precisó el Tribunal del Caquetá en primer término, que no había lugar a declarar la excepción de ineptitud de la demanda, propuesta por el ente demandado, por cuando si bien en el libelo inicial no se cumplió con el requisito de que trata el numeral sexto del artículo 137 del C.C.A., por auto de enero 31 de 1.991, se inadmitió la demanda y se concedió el Término de ley para su corrección, hechos que se cumplió por medio de escrito visible a folios 39 y 41 del expediente, el cual fue considerado suficiente para declarar subsanadas las deficiencias formales de la demanda inicial, incluida la determinación de la cuantía.

Con base en las diferentes piezas procesales se contrae el objeto de la litis a determinar la posible responsabilidad administrativa de la nación -Ministerio de Defensa- por las lesiones causadas en el ojo derecho del soldado Javier Cardozo Mendoza, en desarrollo de los hechos de que dan cuenta los antecedentes.

Después de hacer relación a los elementos axiológicos que se configuran la responsabilidad estatal, con base en la prueba documental y testimonial allegada al proceso, el Tribunal encontró desmostrados los siguientes hechos:

1.- Vinculación a las Fuerza Militares, tanto del lesionado como de su agresor Edgar Suárez Contreras, así como estaban prestando servicio activo, en el momento de los acontecimientos analizados. Está probado el ingreso como soldado Javier Cardozo Mendoza y que a ser lesionado, se encontraba desempeñando funciones inherentes al servicio. A pesar de que el ente demandado no atendió las peticiones formuladas por el Tribunal para establecer el status del agresor y su eventual responsabilidad penal, por medio de la prueba testimonial rendida por el soldado Celestino Conde Viscaya, se demostró que esa fecha se encontraba adscrito al Batallón de Infantería No. 36 de Montaña Cazadores, en San Vicente del Caguán (Caquetá), en el grado de cabo.

2.- Que el día de los hechos, cuando estaban los soldados entregando el turno y descargando sus armas, accidentalmente se le disparó el fusila Cardozo Mendoza, por lo cual fue agredido en la cara por su superior cabo Suárez Contreras, causándole la lesión de que da cuenta las diferentes certificaciones médicas, que se determinaron la pérdida total de la visión por el ojo derecho.

3. El nexo causal entre la falla en el servicio y el daño, pues cuando el superior del lesionado reaccionó de manera desproporcionada ante el error de aquel, causándole un daño de la magnitud, no solo comprometió su responsabilidad personal, sino también la de la administración.

Las anteriores comprobaciones, anuadas a la negligencia u omisión de la parte demandada para allegar los documentos solicitados, llevaron al *a-quo* a imputar

responsabilidad administrativa a la nación -Ministerio de Defensa, por los hechos de que trata la litis.

Con respecto a los perjuicios morales, lo encontró procedentes para satisfacer el dolor ocasionado por el hecho que produjo el daño y reconoció quinientos (500) gramos oro a cada uno de los hermanos del lesionado, también demandantes, excepto a Faiver Cardozo Mendoza, por no haberse demostrado el parentesco.

Sobre los perjuicios materiales, no encontró elemento alguno que demostrara su existencia, por lo cual no accedió a reconocerlos.

Las partes concurrieron oportunamente a utilizar el traslado surtido en el grado de consulta. El apoderado de la parte actora solicita se aumenten los perjuicios reconocidos tanto al lesionado como a sus progenitores y hermanos: por su parte, la entidad demandada, objeta el reconocimiento hecho de los hermanos , al encontrar débil la prueba que buscó demostrar la efectuosidad y conveniencia entre éstos y el lesionado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la decisión objeto de consulta debe confirmarse, por compartir la valoración de la prueba y los argumentos que llevaron al tribunal a establecer la responsabilidad de la administración y la consecuente condena al reconocimiento de perjuicios morales.

A pesar de la renuencia del ente demandado, de suministrar la información que constaba en sus archivos, sobre la vinculación y actividades desempeñadas por el cabo Suárez Contreras en las Fuerzas Militares, **está debidamente demostrado** por otros medios que han sido controvertidos, **que el día de los acontecimientos**, este **era el superior jerárquico del lesionado y** que ante la conducta si se quiere imprudente de aquel, que al tratar de descargar su arma oficial permitió que se le disparará, reaccionó en forma además de desproporcionada, totalmente inapropiada, al darle un golpe en la cara de tal magnitud, que aunque se le prestó la atención médica oportuna, le causó injustamente la lesión permanente de la pérdida total de la visión por el ojo derecho, con todas las consecuencias que el daño puede conllevar.

Es por ello que, independiente de la intencionalidad de la conducta asumida por el autor del daño, situación que lo responsabilizaría penalmente, para la Sala es ostensible de la falla en el servicio, por cuanto el comportamiento del lesionado, no ameritaba una reacción de características tan graves y violentas como la asumida por el superior, máxime cuando éste contaba con otros medios para sancionar al imprudente, si fuere el caso.

Además, la pérdida de la visión del ojo derecho a la edad de 20 años, indudablemente comporta para el lesionado una limitación de carácter imprevisible para su

normal desempeño, no solo desde el punto de vista de su capacidad y posibilidad laboral, sino incluso social, al tener en cuenta del soldado Cardozo Mendoza.

Es por ello que la Sala encuentra acertada la decisión del Tribunal de condenar por perjuicios morales, por ser evidente el sufrimiento causado a la víctima y sus parientes. Comparte igualmente la cuantificación de la indemnización reconocida al lesionado y sus padres, porque sin dejar de reconocer la gravedad el perjuicio, este no es equiparable al resultante cuando lo que se reconoce es la indemnización moral por la pérdida de la vida de un pariente.

En cuanto se refiere al reconocimiento de perjuicios morales para los hermanos, en reciente fallo la sección estableció que estos se presumen también para los hermanos por razón del parentesco y estos deben reconocerse , a menos que la entidad demandada logre desvirtuar la presunción del efecto y fraternidad pacífica entre la víctima y sus hermanos.

Las consideraciones anteriores son más que suficientes para que la sala encuentre procedente confirmar la sentencia consultada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de 20 de enero de 1.992, proferida por el tribunal Administrativo del Caquetá y objeto del grado de Consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la sala en sesión de fecha, quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

PRESUNCION DE OBLIGACION ALIMENTARIA/OBLIGACION ALIMENTARIA/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Cabe presumir en los hijos el cumplimiento de los compromisos alimentarios para con sus progenitores, sin que se haga necesaria tal comprobación; la circunstancia contraria podrá establecerla la administración acreditando que el obligado no satisfacía la prestación debida para con sus padres, desvirtuándose por contera tal presunción. Este mismo criterio deberá aplicarse cuando se afirme la existencia del pago de obligación alimentaria de padres a hijos. Como no se demostró un ingreso determinado, estima la Sala que para calcularlo se debe tomar como base el salario mínimo legal de la época, actualizado de acuerdo con los índices de precios al consumidor. Se aclara que en presente caso se atenúa el derrotero jurisprudencial sobre los 25 años, en consideración de la avanzada edad de los padres y a la imposibilidad de los demás hermanos para económicamente colaborarles.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA -Vehículo Oficial/**ACTIVIDAD PELIGROSA/FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO**

Falló la administración al encomendarle la utilización de un vehículo oficial a un conductor que no se encontraba en condiciones para desempeñar una actividad de suyo peligrosa como es el manejo de automotores, para lo cual había sido asignado por sus superiores sin poseer la licencia oficial expedida por el Intra. Al ocasionarse los hechos con el vehículo oficial, se puede también manejar el caso con la teoría de la falla presenta.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera
Santafé de Bogotá, D.C., veintidos de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Ref: EXPEDIENTE No 6951. Actor: Pedro Pablo Contreras Jiménez y otros.

Conoce la sala del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 28 de junio de 1.991, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

"1.- La Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional - es responsable administrativamente por la muerte de Luis Carlos Cáceres España y la invalidez total y permanente de Pedro Pablo Contreras Cajiao, como concecuencia del accidente ocacionado por el vehículo automotor al servicio del Batallón Rook de ésta cuidad de Ibagué, conducido por el sargento Ricardo Tocara Ortiz el 11 de enero de 1.987.

"2.-Como consecuencia de lo anterior se condena a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional a pagar:

"A) A Pedro Pablo Contreras Jiménez la suma de veintidos millones ochocientos sesenta y cinco mil novecientos doce pesos ($ 22.865.912) moneda corriente, por concepto de perjuicios materiales.

"B) A Pedro Pablo Contreras Jiménez la suma de diecinueve millones ochocientos treinta y siete mil quinientos pesos ($ 19.837.500), por concepto de daño emergente consolidado.

"C) A Pedro Pablo Contreras Cajiao como daño emergente futuro la suma de ciento veintisiete millones doscientos treinta y dos mil ochocientos veintiseis pesos ($ 127.232.826).

"D) A Pedro Pablo Contreras Jiménez, Ana Josefa Cajiao de Contreras, Sandra Liliana Contreras Cajiao, Juan Carlos Contreras Cajiao, por perjuicios morales, el valor de un mil gramos oro para cada uno al precio que este tenga en la fecha en que se haga el pago y según certificado expedido para este efecto por el Banco de la República.

"E) A José Maria Cáceres Rodríguez y Maria Lourdes España de Cáceres por perjuicios morales el monto en pesos de mil gramos de oro al precio que tenga en que se efectué el pago según certificado expedido por el Banco de la República.

"3. Nieganse las demás peticiones de la demanda .

"4. Las cantidades liquidas aquí reconocidas devengarán los intereses a que se refiere la parte final de artículo 177 del C.C.A".

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

Pedro Pablo Contreras Jiménez y Ana Josefa Cajiao, actuando en su propio nombre y en representación de su menor hija Sandra Liliana Contreras Cajiao; Juan Carlos Contreras Cajiao y Pedro Pablo Contreras Cajiao; José María Cáceres Rodríguez y Maria Lourdes España de Cáceres, Armando, Rosebel y Henry Cáceres España; y la sociedad Comercial " Contreras Cajiao y Cía. S.A.", antes " Contreras Cajiao Ltda.", por conducto de apoderado y en escrito que se presentó el 1 de diciembre de 1.988, ante el Tribunal Administrativo del Tolima, formularon demanda contra la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

" PRIMERA.- Que La Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional), es administrativamente responsable, por falla del servicio, de la muerte del ciudadano Luis Carlos Cáceres España, de las lesiones e invalidez de Pedro Pablo Contreras Cajiao y de las averías del automóvil Renault modelo 1985, Placas AR-8553, como consecuencia del accidente ocasionado por un vehículo automotor al servicio del Batallón Rook, en la ciudad de Ibagué, el día once (11) de enero de 1.987.

"SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la NACIÓN COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar:

"A. Por la muerte de LUIS CARLOS CACERES ESPAÑA

"1. La suma que se pruebe como ayuda mensual del difunto en favor de sus padres JOSE MARIA CACERES RODRIGUEZ Y MARIA LOURDES ESPAÑA DE CACERES por la vida probable de estos, dividida en consolidada y futura, actualizada según el aumento del índice del costo de vida y capitalizada según las tablas de matemáticas financieras.

"2. Un mil gramos oro o su equivalente en moneda Nacional al precio que certifique el Banco de la República para la fecha de la ejecutoria de la sentencia, para cada uno de los siguientes ciudadanos, a título de indemnización de perjuicios morales subjetivos:

"a) José Maria Cáceres Rodríguez y Maria Lourdes España padres legítimos de la víctima.

"b) Armando, 'Rosebel' y Henry, hermanos legítimos de la víctima.

"B. Por la invalidez permanente y total de PEDRO PABLO CONTRERAS CAJIAO.

"1. Por concepto de atención médica, hospitalaria. farmacéutica , quirúrgica y en general por el tratamiento médico a que está sometido PEDRO PABLO CONTRERAS CAJIAO, desde el 11 de enero de 1987 hasta la fecha de esta demanda, la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($ 50.000.000), o cuanto más se probare, la cual se reconocerá a su padre PEDRO PABLO CONTRERAS JIMENEZ.

"2. Por concepto de honorarios de enfermería especializada y permanente, a razón de $ 270.000 mensuales, desde el 11 de enero de 1.987 y hasta le fecha de la demanda, la cual se reconocerá en favor de su padre PEDRO PABLO CARDENAS JIMENEZ.

"3. Por concepto de asistencia médica hospitalaria, farmacéutica, quirúrgica y en general la requerida de por vida a partir de la fecha de esta demanda , la suma que pericialmente se determine, la cual se reconocerá a PEDRO PABLO CONTRERAS CAJIAO o a su curador.

"4. Por concepto de honorarios de ENFERMERA profesional especializada a partir de esta demanda, y por la vida del enfermo, la que parcialmente se determine, suma que se reconocerá a PEDRO PABLO CONTRERAS CAJIAO o a su curador.

"5. Por concepto de indemnización de perjuicios morales subjetivos causados a PEDRO PABLO CONTRERAS CAJIAO, un mil gramos de oro al precio que certifique para la fecha de la ejecutoria de la sentencia, el Banco de la República.

"6. Por concepto de indemnización de perjuicios morales subjetivos, un mil gramos oro al precio que certifique el Banco de la República para la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a cada uno de los siguientes ciudadanos:

a) PEDRO PABLO CONTRERAS JIMENEZ

b) ANA JOSEFA CAJAIO DE CONTRERAS

c) SANDRA LILIANA CONTRERAS CAJIAO

d) JUAN CARLOS CONTRERAS CAJIAO

"7. Por concepto de indemnización de perjuicios materiales, lucro cesante, la suma de trescientos millones de pesos moneda legal o corriente ($ 300.000.000) o cuanto más probare equivalente a lo que deja de ganar a raíz del atropello y

por toda la vida probable, suma que se reconocerá a PEDRO CONTRERAS CAJIAO o a su curador.

"Se dividirá en consolidada o debida y futura , se liquidará como lo provienen las matemáticas Financieras y la reiterada Jurisprudencia del Consejo de Estado.

"8. Todas las sumas establecidas se actualizarán a la fecha de ejecutoria de la sentencia sobre la base del incremento del índice de precios al consumidor, según lo certifique el Departamento Nacional de Estadística Dane o el Banco de la República.

"C. Por daños al vehículo de placas AR-8553

"1. La suma de cuatrocientos cincuenta mil pesos moneda legal ($ 450.000), o cuanto más se probare en el juicio, por concepto de indemnización de perjuicios materiales, daño emergente, compensatoria del costo de reparación del automóvil Renault AR-8553, modelo 1985, la cual se reconocerá a la Sociedad Contreras Cajiao y Cía , S.A..

"Se reconocerá a todos los demandantes, las costas del proceso".

2. Fundamentos de hecho

Aparecen ampliamente relacionados en la demanda a los folios 97 a 102. De los mismos hace la Sala el siguiente resumen:

1. Pedro Pablo Contreras Jimenez y Ana Josefa Cajiao, contrajeron matrimonio el 16 de julio de 1966 y procrearon a Pedro Pablo, Juan Carlos y Sandra Liliana Contreras Cajiao.

2. José Maria Cáceres Rodríguez y Lourdes España Almario, contrajeron matrimonio el 30 de octubre de 1971 y legitimaron a sus hijos Armando, Luis Carlos, Rosebel y Henry Cáceres España.

3. En las horas de la noche del 11 de enero de 1.987, pedro Pablo Contreras Cajiao, conductor, Reynaldo Calenturas Santofinio y Edgar Ignacio Peña Rivera, se movilizaron en Ibagué, en el automóvil Renault 18 de placas AR-8553, cuya llanta delantera izquierda presentaba un escape de aire por lo que fueron a cambiarla, sin lograrlo, por cuanto la llanta de repuesto no podía utilizarse por encontrarse desinflada. Cuando se dirigían hacia un montallantas, la llanta se desinfló completamente y los ocupantes debieron estacionar el vehículo por fuera de la vía, sobre la " berma" y con las luces de estacionamiento, metros adelante de las instalaciones de Batallón Rook.

4. Pedro Pablo Contreras Cajiao entregó las llaves del baúl a Reynaldo Calenturas para que este sacara las herramientas necesarias. En ese momento pasó velozmente el Pick-up 350, modelo 1978, de siglas EJC-6K-5154 de propiedad del ejército Nacional , al servicio del Batallón Rook, conducido por el Sargento Segundo Ricardo Tocora Ortiz, " Se salió de la vía, invadió la "berma", colisionó y averió el vehículo Renault y atropelló a Pedro Pablo Contreras Cajiao, quien quedó inconsciente a un metro de la parte delantera del automóvil y a Reynaldo Calenturas Santofinio que se encontraba al lado de Contreras Cajiao.

5. El vehículo militar continuó su recorrido y más adelante colisionó con el andén, derribo un poste de la luz y en el "alto de la Guala" arrolló a Luis Carlos Cáceres España ocasionándole la muerte. El sargento conductor abandonó más adelante el vehículo militar y hasta la tarde del día siguiente compareció al Batallón Rook.

6. El Sargento Tocora Ruiz había consumido licor esa tarde del 11 de enero de 1987 en el casino de suboficiales del aludido Batallón, a pesar de encontrarse de servicio como conductor. Cuando el accidente, se dirigía a cumplir la orden de trasladar unos muebles de la casa fiscal del Coronel Rodríguez Gamboa al Batallón, acompañado por los soldados Carlos Ríos Liz y Julio Domingo Manuel Palencia. No obstante traer los muebles, el conductor del carro Militar no entró al batallón y siguió de largo para metros más adelante, frente a la iglesia de la Santísima Trinidad colisionar con el automóvil Renault.

7. Los hechos relacionados " demuestran en forma evidente la falta del servicio militar como causa eficiente y directa de las graves lesiones sufridas por Pedro Pablo Contreras Cajiao y de la muerte de Luis Carlos Cáceres España".

8. Pedro Pablo Contreras Cajiao tenía el 11 de enero de 1987, 19 años de edad, gozaba de buena salud, soltero, vivía con sus padres y hermanos menores y su promedio probable de vida era de 59.13 años. Estudiaba publicidad en la universidad Jorge Tadeo Lozano en 5 Semestre, y trabajaba en el ramo, donde ganó en 1986 un promedio anual de $ 4.000.000.

9. Luis Carlos Cáceres España había cumplido 30 años, tenía un promedio de vida de 49 años, vivía con sus padres y hermanos, era profesor y músico y devengaba aproximadamente $ 40.000 mensuales, con los cuales ayudaba a la subsistencia de sus progenitores.

Pedro Pablo Contreras Cajiao se encontraba desde el accidente en estado de plena inconsciencia y su estado ha implicado una esmerada y costosa asistencia médica quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica a cargo de su padre, por un valor cercano a los $ 50.000.000, con asistencia permanente e indefinida de una enfermera especializada por cuanto no hay esperanza de recuperación. Además fue necesario designarle como curador a su padre.

11. El sargento Ricardo Tocara Ortíz fue juzgado en Consejo Verbal de Guerra y condenado por homicidio, lesiones personales y abandono de puesto a la pena de 5 años de prisión, más las accesorias. El Tribunal Superior Militar reformó la condena y la redujo a 42 meses de prisión a la asesoría de separación temporal de las fuerzas armadas.

3.Actuación Procesal

El auto admisorio de la demanda se notificó al Ministerio de Defensa y designó apoderada, quien solicito la práctica de pruebas, sin referirse a los planteamientos de la demanda. Concluida la etapa probatoria se les brindó la oportunidad a las partes para que alegaran de fondo y al Ministerio Público para que rindieran su concepto de rigor.

La parte demandante básicamente reitera los planteamientos de libelo introductorio, reforzados por el caudal probatorio recaudado. (Fls.221 A 227). La demanda, en escrito de folios 229 y 230 aduce como argumentos defensivos que el sargento conductor, no había cumplido las órdenes de su superiores y por su cuenta y riesgo conducía el automotor, para concluir en la presencia de un falla personal del agente que implica exonerar de responsabilidad a la administración. Con respecto a los perjuicios morales que se reclaman para la victima, estima el apoderado el Ministerio de Defensa que dado su estado de inconsciencia " no alcanza a percibirse en él la aficción moral". Encuentra exorbitantes los gastos por tratamientos médicos y quirúrgicos, y solicita tomar en cuenta que para los hermanos, el máximo reconocimiento por perjuicios morales equivale en pesos a 500 gramos de oro.

El fiscal de Tribunal , luego de hacer un recuento de lo sucedido y tras referirse a las pruebas recaudadas, concluye que en el sub júdice se encuentra probada la falla del servicio y la responsabilidad del ente demandado, y por consiguiente conceptúa favorablemente a las peticiones de los demandantes. (fls. 231 a 238).

4. La Sentencia Apelada

Considero el *a-quo* en el fallo impugnado (Fls.241 a 261) que en razón de las sentencias penales condenatorias contra el Sargento Tocora Ortíz, " hay que dar por demostrado en este proceso administrativo la existencia del hecho y la responsabilidad del condenado, así como su vinculación a las fuerzas militares". Encontró además debidamente acreditada en este proceso la falla del servicio con las declaraciones de testigos que por una u otra razón conocieron de los hechos previos, concomitantes y posteriores a los accidentes, Desechó rotundamente los planteamientos defensivos del Ministerio de Defensa según los cuales el conductor militar al no acatar las órdenes superiores exime de responsabilidad a la Administración, por cuanto consideró el Tribunal que aquel le correspondía "la obligación de vigilancia e inspección tanto de los bienes como de las personas que están bajo el cuidado y dependencia y al haber sido negligente en este sentido ello es suficiente para que se configure la falla o falta del servicio...".

Así mismo se advierte en la sentencia recurrida que "al causarse el accidente con un vehículo de propiedad del Ministerio de Defensa, le bastada al actor enunciar el hecho existiendo inversión de la carga probatorias en contra de la administración quien deberá demostrar algún fenómeno eximente de responsabilidad de aquellos que se han tenido como tal y entre los cuales no se hallan el que se limitó a alegar la defensa como es el desacato en una orden superior".

Para el *a-quo* no se presenta ninguna controversia sobre la invalidez total de Pedro Pablo Contreras Cajiao, de acuerdo con el dictamen de Medicina legal y la información testimonial de quienes por su relación profesional, familiar o social con la victima, han tenido oportunidad de conocer esa incapacidad . De igual manera acepta el tribunal que las lesiones sufridas tienen relación causal con el trauma sufrido en el accidente de tránsito anotado.

Al referirse a los perjuicios, en la sentencia recurrida se trata en primer término lo relacionado con los gastos hospitalarios, médicos, drogas, laboratorios, etc., frente a los cuales "accederá en la medida en que estos sean la plena prueba de los hechos allí contenidos y como en su mayoría son documentos privados provenientes de terceros, su estimación depende de su ratificación ...y esto solamente se cumplió en aquellos que lo fueron en este proceso como son los suscritos por... Así como los que efectuó en el Hospital Militar y cuyos comprobantes se hallan en el folder respectivo acompañado con la demanda que por contener documentos públicos deberán ser reconocidos... "Los valores respectivos los actualizó el Tribunal y de un valor histórico de $11.971.682 en diciembre de 1988 obtuvo un valor actualizado a 30 de abril de 1991 de $22.865.912.

De otra parte, con fundamento en la experticia, señaló el a-quo como daño emergente debido o consolidado sobre un período de 30 meses con base en un costo de $661.250 mensual, un valor de $19.837.500. El daño emergente futuro, calculado sobre un período probable de supervivencia de 656 meses y un costo de $661.250, en la sentencia se fijó en $127.232.825.90.

Con referencia al pretendido lucro cesante de la Víctima Contreras Cajiao como supuesto trabajador en el ramo de publicidad, acreditado parcialmente con base en la declaración de renta presentada el 1 de diciembre de 1988 que "obviamente no fue ni suscrita ni presentada por el contribuyente..., no puede el Tribunal entrar a hacer reconocimiento porque ésta por sí sola no constituye elemento de convicción suficiente...".

En cuanto a los perjuicios morales el a-quo los reconoce para todos los demandantes padres, hermanos y la víctima en equivalencia a 1.000 gramos de oro.

Al analizar la situación de quienes demandan indemnización por perjuicios materiales, por la muerte de Luis Carlos Cáceres España, el Tribunal consideró que no se demostró su actividad laboral, ni que sus padres percibieron dinero o ayuda económica del occiso. Por esta razón se negó tal indemnización. En cambio, dado su calidad

de padres de la víctima, dispuso reconocerles a cada uno, por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro. Para los hermanos negó tal reconocimiento porque no probaron las relaciones personales con el occiso.

Por último, sobre los daños causados al automóvil Renault, placas AR-5583, consideró el *a-quo* que no se demostró "que la sociedad se halle legitimada para reclamar por esos daños, de una parte porque no probó que ese bien fuera de su propiedad y de otra tampoco indicó en que consistieron esos daños....".

5º LOS RECURSOS DE APELACION

En escrito visible a los folios 274 a 278, el apoderado del Ministerio de Defensa sustenta el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Estima "exorbitantes" los montos indenmizatorios tanto materiales como morales. Sobre éstos no entiende porqué se reconoce la misma cuantía a los demandantes Cajiao que a los Cáceres, cuando éstos perdieron a su hijo fallecido y aquellos lo conservan con vida. Solicita "que se ajusten las indemnizaciones reconocidas... a las circunstancias allí anotadas, teniendo en cuenta la jurisprudencia a esa alta Corporación Administrativa, modificar lo fallado por el H. Tribunal de Primera Instancia".

La parte actora recurrió la sentencia de primer grado por los siguientes motivos:

a) Porque denegó los gastos, especialmente de drogas, que figuran en facturas no reconocidas judicialmente "sin percatarse de que todas maneras tales facturas son principio de prueba de los gastos y que constituyendo perjuicios, su cuantía puede establecerse en incidente posterior, contemplando la prueba con una condena en abstracto".

b) Porque al calcular los costos médicos, de enfermería, drogas, etc., causados con posterioridad a la demanda, toma el promedio determinado por los peritos de $661.250 y al liquidar los dos períodos comete estos errores: en el período debido o consolidado "se limita a multiplicar 661.250 x 30%, sin percatarse de que la suma mensual debe ser ACTUALIZADA ...con aplicación de las matemáticas financieras". En el período futuro "OMITE **actualizar** la cifra de $661.250.oo".

c) Porque desconoce los ingresos laborales de Pedro Pablo Contreras Cajiao por cuanto la declaración de renta fue extemporánea y carece de su firma. Sostiene el recurrente que desde el 11 de enero de 1987 la víctima estaba inconsciente y por eso solo se presenta y la firma el curador, cuando así lo autorizó el juzgado competente. Además el Tribunal ignoró los extractos bancarios que respaldan sus ingresos y el hecho de ser socio de Contreras Cajiao y Cía. Ltda., que contribuye a demostrar su solvencia económica.

d) Porque se desconoció que el occiso Luis Carlos Cáceres España mantenía una actividad laboral como maestro y músico, lo que permitía por lo menos tomar como ingreso el salario mínimo legal. Además, porque "no puede exigirse prueba

diabólica sobre la ayuda económica", pues existen testimonios sobre cómo la víctima sostenía a sus padres y el desamparo en que los mismos quedaron.

e) Porque se negaron perjuicios morales a los hermanos del occiso "ante la falta de prueba de convivencia y amor fraternal".

Las partes alegaron de conclusión para básicamente reiterar los motivos ya expresados de inconformidad. (fls. 286 a 294).

6. El concepto fiscal

El señor Fiscal Décimo de la Corporación, en su vista de fondo (fls. 296 a 301), se muestra partidario de que se confirme el fallo impugnado, pero modificándolo en cuanto a la actualización de los valores, y reconocimiento en abstracto de los perjuicios derivados de las facturas no reconocidas judicialmente. Sobre los perjuicios morales para los hermanos solicita se disminuyan de 1.000 a 500 gramos de oro.

Cuando el negocio se encontraba para fallo, se recibió el despacho comisorio Nº 1320 contentivo de las diligencias de inspección judicial practicadas en el Hospital Militar, y las clínicas de la Fundación Santafé y de Marly, con fotocopia de los documentos que la acreditan los valores pagados para la atención y tratamiento de Contreras Cajiao.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la sala del Tribunal procedió acertadamente al declarar la responsabilidad administrativa por falla del servicio y condenar el pago de las indemnizaciones correspondientes en favor de los demandantes. Sin embargo, sobre este ultimo punto, el de las indemnizaciones, se harán algunas precisiones y modificaciones.

El material probatorio recaudado en este proceso le permite a la sala tener como demostrados los siguientes hechos:

1. Que se presentó una colisión entre el vehículo militar de placas EJC-5154 de propiedad del ejército nacional, conducido por el sargento segundo del ejército Ricardo Tocora Ortiz y el automóvil de placas AR-8553 que se encontraba estacionado aun lado de la vía por cuanto la llanta delantera izquierda se había desinflado y se iba a reparar. (Fls.513 a 522 c.2).

2. Que en esa colisión resulto gravemente lesionado el joven Pedro Pablo Contreras Cajiao, quien quedó afectado de una incapacidad permanente y total-GRAN INVALIDEZ- desde el día que sufrió las lesiones lo que implica una perdida total y permanente de su capacidad laboral y el requerimiento de terceros para realizar las funciones escenciales de la vida (Fls.663 a 665 c.2).

3. Que mas adelante el mismo vehículo militar atropelló al señor Luis Carlos Cárdenas España ocasionándole la muerte. (Fls. 27 c. 1; 624 y 625 c.2).

4. Que el conductor del carro oficial, Sargento Ricardo Tocora Ortiz fue juzgado en Consejo Verbal de Guerra y condenado por sentencia del 21 de diciembre de 1987, por los delitos de homicidio y lesiones personales en Pedro Pablo Contreras Cajiao y Luis Carlos Cáceres España, y abandono del puesto, a la pena de 5 años de prisión. Esta sentencia fue modificada por el Tribunal Superior Militar en fallo del 25 de marzo de 1988 al imponerle la pena de 42 meses de prisión y la separación temporal de las fuerzas Armadas, (Fls 339 a 358 y 378 a 395 c. 2.).

5. Que Pedro Pablo Contreras Cajiao es hijo de Pedro Pablo Contreras Jiménez y Ana Josefa Cajiao de Contreras (Fl. 16 c.1) y hermano de Juan Carlos y Sandra Liljana Contreras (Fls 17 y 18 c.1).

6. Que Luis Carlos Cáceres España hijo de José María Cáceres y María Lurdes España (Fl.22) y hermano de Henrry, Rosebel y Armando Cáceres España (Fls. 23,24 y 25 c.1).

7. Que Luis Carlos Cáceres España tenía como profesión la docencia y la música , de la cual derivaba su propio sustento y el de sus padres. (Fls. 44, 45 y 46 c.1 y 669 y 670 c.2).

De las anteriores comprobaciones queda suficientemente claro para la sala que en el subjudice se presentó una evidente falla en el servicio. Sobre los hechos, a mas de las pruebas practicadas en este proceso, se cuenta con las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia de la justicia penal militar. Sin lugar a dudas, falló la administración al encomendarle la utilización de un vehículo oficial a un conductor que no se encontraba en condiciones para desempeñar una actividad de suyo peligrosa como es el manejo de automotores, para la cual había sido asignado por sus superiores sin poseer la licencia oficial expedida por el INTRA , y cuya situación anímica, además, no se encuentra plenamente definida ante las informaciones procesales que lo muestran bajo efecto de licor al momento de los accidentes. De otra parte, al ocasionarse los hechos con el vehículo oficial, propiedad del Ministerio de Defensa, se puede también manejar el caso con la teoría de falla presunta, en cuya ocurrencia, con la demostración del hecho causante del daño y su relación con el mismo, la parte actora se libera probar la falla del servicio. Concluye entonces la sala que en el caso examinado la falla del servicio sí se presentó, como también se dieron los daños y la relación de causalidad entre éstos y aquella, estructurándose así la responsabilidad extracontractual de la administración, que genera su cargo la indemización de los afectados. La Sala, como se advirtió, sobre este punto comparte la determinación del *a-quo* al declarar administrativamente responsable a la parte demandada, por la muerte y lesiones personales de que fueron victimas Luis Carlos Cáceres España y Pedro Pablo Contreras Cajiao, repectivamente.

Con relación a los reconocimientos indenmizatorios impetrados, se observa:

a) Por el fallecimiento de Luis Carlos Cáceres España:

Reclaman sus padres y hermanos, perjucios de orden material y moral. El Tribunal considero que no hay prueba "de que para el momento de su fallecimiento hubiera estado desempeñando alguna labor determinada y por otra parte según comunica la Administración de Impuestos Nacionales este no declaraba ninguna renta ni patrimonio" y descarta que los padres estuviesen percibiendo dinero del occiso, por consiguiente, de niega inmunizarlos por este concepto.

Para la sala, en este aspecto el fallo apelado debe modificarse. En efecto, las distintas constancias aportadas al proceso, de carácter documental y testimonial, permiten deducir que el occiso, si bien no tenía un empleo definido al morir, si desarrollaba actividades laborales en la docencia y la música, de las cuales percibía los ingresos para su propio sostenimiento y el de sus ancianos padres, al decir las dos personas que en sus declaraciones se refirieron sobre este particular.

De otra parte, considera la sala que en torno de la ayuda que los hijos prestan a sus padres cuando estos requieren su colaboración, no debe ser tan exigente ni drástico el criterio de valoración, de la prueba aportada para demostrar dicho apoyo. Ahora bien, recuérdese que Colombia es un Estado Social de derecho, organizado en forma de Republica unitaria, fundada, en los términos del articulo 1o. de la constitución política, "en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran", lo que implica que tales principios merecen el máximo respeto e incondicional respaldo, de tal forma que puedan desarrollarse y aplicarse cabalmente a toda la sociedad. En este orden de ideas, esa solidaridad de la personas, se inicia dentro del grupo humano primario o inicial que lo constituye la familia, y es dentro de esta donde primordialmente comienza a regir tal solidaridad, entre esposos, entre padres e hijos, entre hermanos, para progresivamente expandirse hacia todo grupo social. Por naturaleza y por principio, la solidaridad comienza en la familia, por que es el grupo humano con mayor facilidad permite el ejercicio de ese espíritu solidario. Es la Propia Carta Política la que en su articulo 42 consagra que "La familia es núcleo fundamental de la sociedad.....".

De otra parte y sobre el mismo tema cabe señalar que de acuerdo con el artículo 411 del C.C., se deben alimentos, entre otros, los ascendientes legítimos y naturales, es decir, que por mandato legal a los hijos les corresponde una obligación alimentaria para sus padres. Tal obligación, por regla general se satisface, por que además el cumplimiento de la ley es lo normal y, en cambio, su incumplimiento o violación es lo anormal, lo excepcional, lo irregular. En tales condiciones, cabe presumir en los hijos el cumplimiento de los compromisos alimentarios para con sus progenitores, sin que se haga necesaria tal comprobación; la circunstancia contraria podrá establecerla la administración, acreditando que el obligado no satisfacía la prestación debida para con sus padres, desvirtuándose por contera tal presunción. Este mismo criterio deberá

aplicarse cuando se afirme la existencia del pago de obligación alimentaria de padres a hijos.

De acuerdo con lo anterior, presume la sala, que los progenitores de Luis Carlos Cáceres España si percibían la ayuda económica que se afirmaba él les brindaba y por consiguiente, ante su deceso, aquellos se vieron privados de la misma con los efectos económicos perjudiciales, cuyo resarcimiento reclaman y que habrá de reconocerles. Como no se les demostró un ingreso determinado, estima la sala que para calcularlo se debe tomar como base el salario mínimo legal de la época, actualizado de acuerdo con los índices de precios al consumidor. Se aclara que el presente caso se atenúa el derrotero jurisprudencial sobre los 25 años, en consideración a la avanzada edad de los padres y la imposibilidad de los demas hermanos para económicamente colaborales. La condena a imponer por este concepto se hará en abstracto por cuanto no se hallan acreditadas las fechas de nacimiento de José María Cáceres Rodríguez y María Lurdes España Almario, para establecer la vida probable de los mismos.

Para efectos de liquidar en concreto esta condena, el Tribunal tendrá en cuenta las siguientes pautas:

- Con los registros civiles de nacimiento o las partidas eclecíásticas de bautismo de José María Cáceres y María Lourdes España Almario, y con base en las tablas colombianas de mortalidad adoptadas por la superintendencia bancaria, se establecerá el termino de vida probable de cada una de estas personas, lapso este durante el cual se les reconocerá la indemización correspondiente.

-La base económica de liquidación será el salario mínimo legal vigente en 1987, actualizado ala fecha de liquidación de acuerdo con los índices de precios al consumidor, en forma jurisprudencialmente acostumbrada para esta liquidaciones.

-El monto salarial se dividirá, dada la edad de los beneficiados y la de la propia victima, en dos partes iguales, una que corresponde al 50% de los ingresos que se estima el occiso destinado para su personal sostenimiento, y el otro 50% para beneficio de sus progenitores, por parte iguales del 25% para cada uno de ellos.

-Se liquidaran dos períodos: el debido o consolidado, que comprende desde la fecha del daño, hasta la ejecutoria de esta sentencia; y el futuro o anticipado que va desde la ejecutoria del fallo hasta el cumplimiento de termino de vida probable de cada uno de los padres del occiso.

-Se utilizaran las siguientes formulas:

Para la actualización: $Vp = Vh \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$

Para el período debido o consolidado:

$$S= \frac{Ra\ (1+i)^n-1}{i}$$

Para el período futuro o anticipado:

$$S= \frac{Ra\ (1+i)^n-1}{i(1+i)^n}$$; donde:

S, es la suma buscada: Ra, la renta actualizada; n, corresponde al numero de meses por indemnizar; i, es el interés técnico mensual (0.004867).

Con relación a los perjucios de orden moral de la sala comparte lo dispuesto por el *a-quo* en favor de los padres de Luis Carlos Cáceres España, para reconocerlas el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino. En cambio, considera que la negativa a indemnizar a los hermanos debe modificarse, puesto que es dable presumir en estos el dolor y la aflicción moral inherente al deceso de un hermano, conforme a lo entendido y aplicado la sala en recientes pronunciamientos, entre otros el del 13 de agosto 1992, expediente 6894, con ponencia del Congreso Daniel Suares Hernandez. Se reconocerá entonces el equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino en favor de cada una de las siguientes personas: Henry, Rosebel y Armando Cáceres España.

b) Por las lesiones de Pedro Pablo Contreras Cajiao:

Reconoció el Tribunal en favor del demandante Pedro Pablo Contreras Jiménez por concepto de indemización por daño emergente, los valores contenidos en los documentos privados que fueron reconocidos en el proceso. En tal sentido dispuso el pago de lo cancelado a las siguientes personas y entidades:

Luis Casasbuenas	$ 6.719.600
Luis Miguel Camacho	10.360
Gustavo Ramírez Quevedo	18.860
José María Cierra Gómez	48.000
José María Silva Gómez	36.000
Jorge Emilio Osorio Reyes	17.500
Jairo Enrique Gutierrez	17.500
Uldarico Castaño	5.000
Carlos Julio Reyes	5.000
José Alcaro Serrano	30.000

José Alcaro Serrano	7.800
José Alcaro Serrano	60.600
Lilia Huertas Hernández	47.000
Lilia Huertas Hernández	45.000
Lilia Huertas Hernández	45.000
Lilia Huertas Hernández	45.000
Gloria Estella Avendaño de León	211.200
Clínica Tolima	741.087.36
Clínica Minerva	40.601
Hospital Militar	3.820.573.95
Suman	$11.971.682.31

La cantidad anterior deberá adicionarse con los valores pagados por el actor Pedro Pablo Contreras Jiménez a las clínicas de Marly y Fundación Santa fe, de acuerdo con los documentos a portados, cuya veracidad y autenticidad se desprende de la inspección judicial que a los mismos hizo el juzgado 17 civil del circuito de Santafé de Bogotá sobre los originales respectivos cuyas copias se allegaron en la segunda instancia junto con el despacho comisorio No. 1320 librado por tribunal administrativo del Tolima. La suma pagada a la fundación santafé fue de $5.007.138 y la clinica marly $730.355, por un total adicional de $5.737.493.33 lo que da como suma definitiva por gastos médicos y hospitalarios la cantidad total de $ 17.709.175.64., la cual deberá actualizarse con los índices de precios al consumidor vigentes a la fecha de pago y de esta sentencia. Dadas las diferente fechas en que se efectuaron los pagos, se tomara como promedio para determinar el indice inicial de precios al consumidor, el correspondiente a noviembre de 1988 (97.87) y el final, el vigente a la fecha de esta sentencia (258.38). Se aplica la formula:

$$Vp = \frac{Vh \text{ Indice Final}}{\text{Indice Inicial;}}$$

donde Vp, es el valor presente; Vh, el valor histórico o inicial; indice inicial, el que regía al momento del pago (noviembre de 1988), e indice final el vigente a la fecha de este fallo.

$$Vp = 17.709.175.64 \quad \frac{258.38}{97.87} = \$46.752.802.70$$

Por otra parte, liquidó el tribunal con base en los cálculos de los peritos consignados experticia visible a los folios 697 a 700 del cuaderno 2, un daño emergente mensual de $661.250., correspondiente al costo de 3 enfermeras a razón de $62.000 cada una, mas un 40% de prestaciones, para $260.400 , 3 sesiones diarias de

fisioterapia a $1.700 cada una $153.000, 3 controles de neurólogo al año a $60.000 dan $15.000 por mes ; dos paquetes diarios de pañales desechables a $2.800 dan $168.000; 3 escanografías anuales a $61.000 dan un promedio mensual de $15.250 y por drogas y examenes clínicos : $50.000, valores estos que , como se dijo suman $661.250,.

La parte actora cuestiona la liquidación porque considera que la base económica no fue actualizada para efectos de liquidar los períodos consolidado y futuro. Al respecto estima la Sala que le asiste razón de tal sentido al impugnante y para hacer tal actualización, se aplica la fórmula Vp = Vh Indice final/Indice inicial donde el Vh, o valor histórico es $ 661.250; el Indice de precios al consumidor correspondiente a la época en que los peritos calcularon dicho valor (agosto de 1990) era 152.64, y el indice final vigente a la fecha de este fallo es 258.38.

$$Vp = 661.250 \frac{258.38}{152.64} = \$1.119.325,04$$

Con la base económica anterior, se liquida la indemnización consolidada y se aplica la siguiente fórmula de matemáticas finacieras así:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$; donde : S, es la suma que busca; Ra, la renta

actualizada ($ 1.119.325.04); i el interés técnico mensual (0.004867); n el número de meses a indemnizar, y comprende desde la fecha de daño (11 de enero de 1987), hasta la sentencia (22 de octubre de 1.992), es decir , 69,3 meses.

$$S = 1.119.325.04 \frac{(1+ 0.004867)^{69.3} - 1}{0.004867} = 91.990.679,42$$

Daño emergente consolidado $ 91.990.679.42.

La Indemnización futura que va desde la fecha de la sentencia hasta el cumplimiento de término de vida probable de la víctima se calcula con la fórmula :

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$; donde; S, es la suma buscada; Ra corresponde a

la renta actualizada ($ 1.119.325,04); i, es el interés técnico mensual (0.004867) y n, el número de meses a indemnizar (503.58 meses).

Para calcular el término de vida probable se tiene en cuenta que la victima nació el 5 de agosto de 1967 y para la época del accidente contaba con 19 años, 5 meses, 6 días, de donde resulta un término de supervivencia de 47.74 años o 572.88 meses, de los cuales se descuenta el período ya indemnizado (69.3 mes) y queda por indemnizar un lapso de 503.58 meses.

$$S = 1.119.325.04 \frac{(1+0.004867)^{503.58} - 1}{0.004867\ (1+0.004867)^{503.58}} = 210.036.625$$

Daño emergente futuro $ 210.036.625

Con relación al lucro cesante sufrido por el lesionado Contreras Cajiao, cuya demostración se pretende hacer con base en la declaración de renta del mismo, el Tribunal no accedió a tal reconocimiento. La Sala se muestra de acuerdo con lo decidido por cuanto no resulta procesalmente clara ni conciente la demostración de tales ingresos. Así lo infiere la Sala de los siguientes hechos:

1. El lesionado era estudiante de publicidad en la jornada diurna y apenas iba a cursar cuarto semestre. En tales condiciones por falta de conocimiento y experiencia de una parte, y de otra por carencia de tiempo, se le dificultaba o impedida su pretendida actividad laboral.

2. La edad misma de apenas 18 años cuando supuestamente devengó los honorarios dificulta darle credibilidad a lo afirmado en la demanda

3. Los extractos bancarios no permiten deducir los supuestos ingresos declarados, por cuanto el promedio de los mismo no guarda proporcionalidad con éstos.

4. No aparece acreditada, ni identificada, la persona natural o jurídica que le hizo los pagos por " publicidad y propaganda", cuando es de suponer que este tipo de gastos implica tanto en el acreedor como el deudor un registro documental, cuya ausencia en este proceso es ostensible.

5. El 17 de junio de 1.987, extemporáneamente se presentó por su curador la declaración de renta de la victima (Fl 35) y en la misma, como " honorarios, comisiones y servicios" no se indicó cifra alguna, es decir, que en dicha declaración el lesionado no apareció percibiendo honorarios.

6. El 1 de diciembre de 1988, le corrigen la declaración de renta y entonces sí, por honorarios, comisiones y servicios le declaran ingresos de $ 4.000.000.

Las declaraciones de renta, provenientes de una misma persona, totalmente contradictorias sobre ingresos por valor de $ 4.000.000, ciertamente no le dan al

juzgador fundamento de credibilidad, menos aún cuando la corrección se hace en la misma fecha introducción de la demanda al Tribunal Administrativo del Tolima.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para denegar el reconocimiento indemnizatorio por lucro cesante de Pedro Pablo Contreras Cajiao.

En cuanto respecta a los perjuicios morales el Tribunal les reconoció a Pedro Pablo Contreras Cajiao, a sus padres y hermanos, para cada uno el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino.

Este reconocimiento, sin embargo , considera la sala que se debe modificar con relación a los hermanos del lesionado, cuya aflicción y afectación moral normalmente no es igual a la de los progenitores. Por esta razón a Sandra Liliana y Juan Carlos Contreras Cajiao se les indemnizarán los perjuicios de orden moral con el equivalente en pesos, para cada uno, a 500 gramos de oro fino. Para el lesionado y sus padres se conservará la estimación hecha en la sentencia apelada.

c) Por los daños del automóvil AR-5583.

Considera la Sala que la decisión denegatoria del a-quo es acertada, por cuanto la sociedad reclamante, de una parte, no acreditó el derecho de propiedad sobre el vehículo accidentado y, de otra, no determinaron los daños materiales causados al automotor.

En mérito de los expuesto, el consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, parcialmente de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMARSE los ordinales 1º,3º y 4º de la sentencia recurrida, esto es, la de 28 de junio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

SEGUNDO. MODIFICASE el ordinal 2 de la sentencia apelada, el cual queda así:

2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condena a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, a pagar:

a) A Pedro Pablo Contreras Cajiao, en su propio nombre y como curador de su hijo Pedro Pablo Contreras Cajiao, por concepto de perjuicios materiales la cantidad de trescientos cuarenta y ocho millones setecientos ochenta mil ciento siete pesos con 10/100 ($ 348.780.107,10) moneda legal.

b) A Pedro Pablo Contreras Cajiao, o a quien sus derechos representante, a Pedro Pablo Contreras Jiménez y Ana Josefa Cajiao de Contreras, como indemnización por perjuicios morales, para cada uno, el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos de oro fino; y por el mismo concepto a Sandra Liliana y Juan Carlos Contreras Cajiao el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino.

c) A José Maria Cáceres Rodríguez y Maria Lourdes España de Cáceres, como indemnización por perjuicios morales, el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos de oro fino, y para Henry, Rosebel y Armando Cáceres España el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino, por el mismo concepto.

En banco de la República certificará sobre el precio interno del gramo de oro a la fecha de ejecutoria de esta provincia. Los interesados acompañaran la certificación junto con las respectivas cuentas de cobro.

TERCERO. Como consecuencia de la declaración de responsabilidad se condena a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, a pagar en favor de José Maria Cáceres Rodríguez y Maria Lourdes España de Cáceres, por concepto de perjuicios materiales, la suma que resulte probada en el posterior incidente de liquidación, siguiendo las pautas consignadas en la parte motiva de esta sentencia.

Para efectos del pago de los perjuicios materiales aquí reconocidos, los beneficiados con la condena deberán presentar el escrito con el cual se promueva el incidente de liquidación de aquellos, dentro de los sesenta (60) días siguientes a cuando se notifique el auto que profiera el tribunal ordenado cumplir lo que aquí se decide.

CUARTO. DENIEGANSE las demás pretensiones.

QUINTO. Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse copias de las sentencias, con constancias de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones del artículo 115 de C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión de fecha, veintidos (22) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO/EQUIDAD/PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD/PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS

La fuerza pública se supone especialmente entrenada y preparada para hacerle frente a situaciones delicadas, sin hacerle daño a la población civil. Por ello, no se puede aceptar, a las luz de la lógica de lo razonables, que si los guerrilleros habían cesado en su acción, los agentes del orden hubiesen salido de cuartel disparando, y sin distinguir si las personas que están en la vía pública eran o no delincuentes. Pero es más, aún en la circunstancia de que la fuerza pública hubiese procedido con especial prudencia y diligencia, si sacrifica a un compatriota inocente, como consecuencia del enfrentamiento armado, la administración debe responder del daño causado, con apoyo en la filosofía jurídica que trata la materia relacionada con el rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas. Razones de justicia legal y también de equidad llevan a una decisión judicial con tal universo. El estado puede utilizar con toda energía, dentro de los límites impuestos por el principio de proporcionalidad, todos los medios de que dispone para impedir que el hombre realice conductas antijurídicas, pero no tiene el poder de segar la vida humana ni de torturar al hombre. La autoridad no es en su contenido social una fuerza física.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá,D.C., octubre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y dos (1.992)

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Ref: Expediente Nro. 6970.

Actor: MARGOT DEL SOCORRO AGUDELO DE ANGULO Y/O *DEMANDADO: LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA.-*

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que en su parte resolutiva,-*DISPUSO*:

" 1o. Declárase a la NACION COLOMBIANA-POLICIA NACIONAL responsable de los perjuicios ocasionados a MARGOT DEL SOCORRO AGUDELO DE ANGULO y a sus hijos Juan Carlos, Alvaro Andrés y José Miguel Angulo Agudelo, a raíz de la muerte de FERNANDO ALBERTO ANGULO AGUDELO hecho ocurrido el 9 de junio de 1.987 en el área urbana del Municipio de Segovia.

"2o. Como consecuencia de lo anterior la NACION pagará por perjuicios morales a MARGOT AGUDELO DE ANGULO y a sus hijos menores Juan Carlos y Alvaro Andrés Angulo Agudelo representados por esta y a Juan Carlos Angulo Agudelo (sic) el equivalente de mil gramos de oro y a cada uno de ellos de acuerdo con la cotización a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

"3o. Nieganse las demás suplicas de demanda.

"4o.Se dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en el artículo 176 del C.C.A.".(fl. 301 C 1).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las constancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento.

" La señora MARGOT DEL SOCORRO AGUDELO DE ANGULO, en su propio nombre y en representación de sus hijos menores ALVARO ANDRES, JOSE MIGUEL ANGULO AGUDELO, han solicitado a través de apoderado idóneo y previas las ritualidades dispuestas en la ley, declarar a la NACION (Policía Nacional), responsable de la totalidad de los daños y perjuicios que se le han ocasionado con la muerte de su hijo y hermano FERNANDO ALBERTO ANGULO AGUDELO a manos de agentes de la Policía Nacional en un procedimiento realizado el 9 de junio de 1.987 en el área urbana del Municipio de Segovia -Antioquia.

"FUNDAMENTOS DE HECHO:

"Fueron enseñados de la siguiente forma:

" 1o. El 9 de junio de 1987, a las 3 o 4 de la madrugada, agentes de la Policía Nacional, uniformados, con arma y munición de dotación oficial, dieron muerte al señor FERNANDO ALBERTO ANGULO AGUDELO, en la cabecera del Municipio de Segovia (Antioquia),"

" 2o. El Comando de Policía de Segovia (Antioquia) fue atacado por un grupo reducido de personas, quienes emprendieron la huída, en la misma forma intempestiva en que llegaron."

" 3o. Algunos de los agentes que se encontraban prestando servicio, salieron en su persecusión (sic) disparando para todos los sentidos en forma indiscriminada, hiriendo con sus disparos a ANGULO AGUDELO, quien se encontraba descargando un viaje de pasajeros que traía de Medellín, en su bus de propiedad de él y de su familia."

"4o. Cuando los agentes hirieron a ANGULO AGUDELO, ya había cesado el ataque de que fueron víctima, y los que se encontraban en el lugar, eran pobladores indefensos que nada tenían que ver con los atacantes."

"5o. Los agentes de policía actuaron en forma imprudente, irreflexiva, e hicieron uso de las armas cuando no se hacía necesario."

"6o. Estos hechos constituyen una falta o falla en el servicio," por las siguientes razones:

"6.1 Fué realizado por agentes de la Policía Nacional, con armas y munición oficial, empleables en defensa siempre de la vida e integridad personal de los residentes en Colombia y nunca en contra de ellas."

"6.2 La utilización de las armas se hizo violando normas reglamentarias del uso de éstas por parte de los uniformados."

"6.3 Empleadas con exceso e innecesariamente."

"6.4 Contra persona inerme;

"6.5 Sin mediar causa de justificación o excusa alguna."

"7o. FERNANDO ALBERTO ANGULO AGUDELO, al momento de la ocurrencia de los hechos trabajaba como administrador de un bus de pasajeros de transporte intermunicipal que había sido propiedad de su señor padre."

"8o. El bus estaba afiliado a la empresa "Flota Nordeste", cubría las rutas de Medellín a Segovia, Saragosa, Remedios.

El Bagre, Puerto Berrío y era administrado por FERNANDO ALBERTO ANGULO AGUDELO, ya que se trataba del único patrimonio familiar y del cual derivaba el sustento de su señora madre y sus hermanos menores."

9o. El vehículo producía en la época en que fue tenido por FERNANDO ANGULO AGUDELO, la suma de $ 200.000.oo"

"10. Una vez muerto FERNANDO ALBERTO ANGULO AGUDELO, se vieron en la obligación de buscar conductor para el bus, y como es obvio empezó a producir pérdidas y el deterioro del automotor, lo que concluyó con la venta de éste en una suma muy inferior a la que tenía cuando ocurrió la muerte de ANGULO AGUDELO."

"11o. FERNANDO ALBERTO ANGULO AGUDELO, residía con su señora madre y sus hermanos, por quienes velaba, ya que su padre falleció, y le tocó por ello asumir las obligaciones de la cabeza económica y moral del hogar."

"12o. FERNANDO ALBERTO ANGULO AGUDELO, nació el 11 de enero de 1965 y le sobreviven su madre MARGOT DEL SOCORRO AGUDELO DE ANGULO y sus hermanos ALVARO ANDRES, JOSE MIGUEL, JUAN CARLOS ANGULO AGUDELO, con quienes vivió siempre bajo el mismo techo y tuvo las mejores relaciones de afecto, solidaridad y cariño."

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

"Se predica una falla en el servicio que jurisprudencialmente se ha desarrollado dentro de los siguientes lineamientos:

" La responsabilidad de la Administración conforme a la tesis de las "fallas del servicio", quedó, según la doctrina expresada, caracterizada en lo general, en los términos siguientes sin perjuicio de las precisiones que este fallo le introduce más adelante. (V. No. 32 y 35)."

"a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la "falla del servicio, o culpa de la administración, desaparece en consecuencia la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado, es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima."

" b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del estado de prestar a la colectividad los servicios públicos."

" c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño."

" d)El descargo de la Administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima)."

" e) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la Administración y los agentes responden solidariamente al damnificado con ocasión del reembolso a favor de aquella."

" f) Los actos u omisiones dañosos del agente por fuera de los servicios públicos, generan responsabilidad exclusiva del mismo, (En sentencia de octubre de 28 de 1.976- ponente doctor Jorge Valencia Arango)."

" Una abundante prueba testimonial y documental le servirán al juez administrativo para determinar si lo predicado como fundamentos de la demanda fueron comprobados y si en verdad el señor Fernando Alberto Angulo Agudelo en un procedimiento realizado el 9 de junio de 1.987 en el municipio de Segovia perdió la vida a consecuencia de disparos que agentes de la Policía Nacional hicieron sin justificación alguna.

" Lo que sirvió de marco a los hechos a los cuales se quieren deducir una responsabilidad administrativa del Estado son por demas simples y consistieron en un ataque guerrillero que entre las 3 o 4 de la mañana del 9 de junio de 1987 se le hizo al Comando de Policía existente en el Municipio de Segovia.

" Y aceptándose de antemano esta situación que no puede tomarse como normal y antes bien inesperada, es de analizarse si los elementos configurativos de la falla del servicio existieron y consecuencialmente las indemnizaciones morales y materiales reclamadas.

" Desde un principio o sea en la misma diligencia del levantamiento judicial(folios 100 y ss),se sindicó a la policia de haber ultimado a Fernando Angulo y por eso es dable transcribirle lo que lo que allí se recogió como la versión dada por el señor Julio Cesar Alvarez Ramírez que al hacerse se destaca, porque su dicho encuentra un respaldo absoluto en las actuaciones que luego se adelantaron en el proceso.

" Se anotó:

" Mi nombre es JULIO CESAR ALVAREZ RAMIREZ con cédula de ciudadanía No 70.250.252 de Yolombó y expuso a eso a las tres y cuarenta y cinco (3:45) de la mañana del día de hoy llegué de Medellín, le dí la vuelta a la manzana y me cuadré, cuando ví dos hombres en las escalas del parque, armados y para disparar hacia el comando, empezaron (sic)a disparar hacia el comando de la policía y dispararon juntos por ahí dos minutos, les dije a los pasajeros que eran por ahí 25 que se tiraran al suelo, todos al piso, cuando yo ví esto el ayudante o sea FERNANDO ANGULO ya se había bajado y se había

entrado para la flota ya que estaba abierta y allí se encontraba doña AMANDA, por ahí a los 10 minutos de haber cesado el tiroteo salieron los agentes del comando disparando sin saber para donde; le ordene de nuevo a los pasajeros que se tiraran atrás o mejor otra vez al suelo, cuando el fuego seso (sic) la primer vez Fernando salió de la flota y se dirigió al bus y me dijo: Que tiroteo no le dieron al carro? yo le dije no he visto nada y yo me iba a mover y en esas cuando fue que ví a un agente que apuntaba contra el bus y le dije, agáchese que otra vez va a seguir pero antes de esto Fernando ya estaba en la calle con otros pasajeros que se habían entrado en la cafetería el Dorado que estaba abierta y cuando pasaron por el parque dos policías apuntando para el bus, yo les grite que nosotros éramos pasajeros, siguieron avanzando (sic) y ya había disparado en varias veces pero en ese momento no me di cuenta quien estaba herido siguieron avanzando (sic) hasta el bus, llegaron al carro nos hicieron abrir la puerta que la teníamos cerrada ya y no hicieron (sic) bajar a todos, con las manos arriba, nos pusieron contra la pared, hombres, mujeres y niños nos encañonaron, entonces cuando mire en medio de los carros o sea atrás del bus de nosotros estaba otro bus cuadrado yo estaba adelante y vi que estaba el cuerpo de FERNANDO ANGULO tirado en el suelo con los pies y las manos abiertos, los agentes tiraron desde el parque y no hacia dos minutos que habíamos escuchado los tiros cuando vimos a FERNANDO muerto, yo les dije que lo dejaran recoger que era mi compañero y entonces el agente OCAMPO no me dejó, me dijo que si me movía me quemaba, entonces me le voltie y le mostré que no tenía armas, que era un trabajador y entonces este se quedo tenso y salieron y se fueron para abajo, recogimos el cuerpo de FERNANDO ANGULO y lo llevamos para el hospital la salada con la esperanza de que estuviera vivo,tal vez ya estaba muerto pero con la esperanza de que estuviera vivo lo llenamos para el hospital, como tres testigos estaban RODRIGO RAMIREZ primo mío que vive en Medellín, JAIRO TAMAYO un vendedor, FERNANDO venía como ayudante y tenía los tiquetes y en Medellín hay constancia, también un muchacho que llama MAFIA y es ayudante de carros y vende bolsas plásticas, con nosotros venia un soldado que ya se había entrado en la cafetería el Dorado este se cayo y le cortó con un vidrio, el administrador de la cafetería debe saber todo esto, y esta comprobado que la policía fue la que mato a Fernando Angulo por que cuando la ráfaga nadie resulto herido fue esta la información que suministro el conductor del bus JULIO CESAR ALVAREZ RAMIREZ."

"Declararon ante el tribunal Rigoberto Ramírez Quintero (folios 49), Pedro Luis Valencia Muñoz(folios 54), Mauricio Antonio Palacio Macias (folios 58), Marta Lucía Rodríguez Ceballos (folios 59), José Gabriel Bermúdez Parra (folios 62), Alba Pérez Fernández (folios 64) Francisco Eladio Ramírez Castañeda (folios 71) Omar de Jesús de los Ríos Caro (folios 74), Miguel Patiño Tobon (folios 76), y ante el Tribunal de la Guajira el agente de la policía Jaime Ocampo Aguirre y lo cierto es que el unísono y de consumo de los testigos presenciales de los acontecimientos coinciden en el ataque guerrillero, lo imprevisto del mismo, el retiro de los insurgentes, de la acción posterior de los agentes de la policía y por ultimo la muerte de Angulo Agudelo por acción de los disparos de las autoridades.

" Rigoberto Ramírez Quintero,conductor de profesión apuntó lo siguiente:

" Nosotros llegamos a las cuatro de la mañana a Segovia y le dimos la vuelta al parque, cuando nos cuadramos se presentó el tiroteo, que era lo que se dice "guerrilleros ", eran dos muchachos y estaban obrando contra el "Comando"; nosotros nos quedamos inmediatamente ahí parados entonces los agentes de policía apagaron las luces del parque y prendieron una sirena, se quedaron halla encerrados y ellos duraron por ahí dándole candela unos diez minutos y a los diez minutos se fueron; entonces yo me baje con Fernando para sacar unas maletas de la bodega de atrás cuando supimos fue que los policías salieron rodeando el parque disparando al aire y entonces fue cuando nosotros, vimos cuando nos dispararon, entonces a mi me dio mucho susto y entonces yo me metí por debajo del carro, me metí "gatiando", cuando estábamos encerrados, es decir yo salí por debajo del carro y me metí al bus y el otro muchacho se quedo afuera, entonces los policías se fueron contra el bus y obligaron a los pasajeros que se bajaran, que los trataban mal, que se bajaran entonces nosotros nos bajamos y nos dijeron que nos pusiéramos contra el muro y cuando nos pusieron a todos contra el muro, yo voltie a mirar para atrás cuando ya vi fue al muchacho, a Fernando, allá tirado, entonces yo corrí para donde él y los policías me dijeron: no te movás porque te quemamos y sin embargo yo no hice caso porque Fernando estaba vivo todavía; entonces yo llamé al chofer del bus, le dije: Julio ayúdame a recogerlo que todavía está vivo y entonces él se iba a mover y le dijeron los policías: que no te movás gordo "marica" que te damos a vos también; se demoraron por ahí cinco minutos hay y yo llamando a los pasajeros hasta que se resolvieron a ayudarme a montar al muchacho al bus y salimos con él para el hospital pero ya era tarde porque los policías no nos lo dejaron recoger a tiempo. Eso es todo. Preguntado: Diga dónde se encontraba Fernando cuando la policía hizo bajar la gente del bus? Respondió: El ya se encontraba tirado en el suelo. Preguntado: Entonces cuando ustedes fueron filados ya estaba herido Fernando? Respondió: Sí, ya estaba herido porque el estaba conmigo cuando nos dispararon los policías yo me metí por debajo del carro y no me acordé de él y me vine a dar cuenta cuando ya nos ultrajaron y nos tiraron contra el muro y que Fernando estaba en el suelo ya bañado en sangre. Preguntado: Cuantos disparos oyó usted y por que puede afirmar que fue la policía ? Respondió: Yo oí varios disparos, pero yo puedo asegurar que fue la policía porque yo vi a los policías cuando estaban rodeando el parque y oí las voces de ellos, todo, puesto que los presuntos guerrilleros ya se habían ido por ahí hacía diez minutos.

"Pedro Luis Valencia Muñoz, anotó:

"Eso ocurrió el 9 de junio de 1987. Yo venía en el bus, entonces cuando estábamos entrando a Segovia pues, en esos momentos habían dos tipos echando candela para el Comando de la Policía, entonces el bus se cuadró allá donde cuadran los carros cerca a la farmacia. Cuando dos tipos se fueron la policía salió, al rato, cuando ellos se habían ido. Yo me encontraba junto al bus

porque yo ya me iba a bajar ya, entonces Fernando Alberto estaba atrás del bus sacando unas maletas con el ayudante y entonces en esas salió la policía tirando tiros para todas partes y ahí fue cuando un agente le dió un tiro a Fernando y que el estaba pues sacando las maletas sin estarle poniendo problemas a ninguno, a nadie cumpliendo con la sacada de las maletas con su ayudante, atrás; entonces Julio Alvarez que era el chofer del bus le comentó al Teniente que por qué no se lo dejaba alzar para llevarlo al Hospital porque un agente le dió el tiro a él,.... entonces el Teniente le dijo que nada y que si se arrimaba lo mataba también, entonces el Teniente a todos los que estábamos en el bus nos arrimó contra la pared y nos dijo: el que se mueve no respondo, o sea que Fernando Alberto se vació en sangre en ese momento, entonces tuvimos que hablar todos para que nos lo dejaran mover y alzarlo en el bus para el Hospital de La Salada, entonces el doctor Rincon comentó que era descuido, que por qué no lo habían traído mas antes, en todo caso se murió porque el Teniente se opuso a que lo ayudáramos. Fernando Alberto se quedó con el bus porque el papá se había muerto o se mató, era muy buen hijo y muy buen hermano. Preguntado: Diga porqué puede afirmar que fue la policía la que le disparó a Fernando Alberto Angulo?. Respondió: Yo afirmo que la policía fue porque yo lo ví. Preguntado: A qué horas exactamente fue el hecho y que visibilidad había en ese momento para poder distinguir la acción?. Respondió: El bus llegó a las cuatro de la mañana o tres y media, ya eso hace pues mucho tiempo, y como a las cuatro y pico, tal vez cuatro y diez o cuatro y cuarto fue eso. La ley, cuando esa gente se fue, salió a dar tiros allá, unos partían para una parte y otros para otra; cuando los dos tipos iban para el comando apagaron, corrijo, cuando ellos iban o acabaron la toma, apagaron las luces y ahí fue cuando salieron a hacer bulla y la pagamos fuimos nosotros. Preguntado: Cuando actuaron los policías, entonces no había luz?. Respondió: en el Comando no había luz pero en el parque sí había luz. Preguntado: Dice usted cuando el policía disparó a Angulo, a que distancia lo hizo?. Respondió: A unos cinco u ocho metros. Preguntado: En qué parte exactamente esta usted cuando se hicieron los disparos?. Respondió: Yo estaba junto al bus, afuera ya; entonces fue en ese momento cuando sentí los tiros y me volví a montar al bus, entonces fue cuando mataron a Fernando Alberto. Preguntado: Diga si usted ha declarado sobre esto en alguna parte? Respondió: No, no, es la primera vez. Preguntado: Diga si conoce a Rigoberto Ramírez Quintero?. Respondió: Si señor, es el ayudante del bus. Preguntado: Diga si pudo detectar o saber dónde estaba Rigoberto cuando fue muerto Angulo?. Respondió: se encontraba junto a Alberto, atrás, estaban juntos. Preguntado: Cuantos tiros escuchó usted? Respondió: Muchos tiros. Preguntado: Diga si se dió cuenta si los que atacaron a la policía hicieron también tiros? Respondió: Sí, para el Comando, pero cuando los tipos se fueron Fernando estaba vivo, entonces un agente fue el que lo mató a él, no sé como se llama. Preguntado: Cuantas fueron las personas que atacaban al Comando? Respondió: Dos. Preguntado: Fuera de Fernando quienes más resultaron muertos o lesionados? Respondió: Fernando, apenas.

"Y así se podría transcribir muchas otras declaraciones que solo ratificarían lo apuntado de inmediato en la diligencia de levantamiento del cadáver.

"Y es que aún de la misma declaración dada por Jaime Ocampo Aguirre uno de los agentes de la policía que se encontraba en el Comando cuando éste fue atacado y a pesar de tener como es lógico una visión muy propia en la evaluación de los hechos que podría ser la que se formó la policía, no descarta la posibilidad de que Angulo hubiera perecido como resultado del accionar de las armas oficiales (folios 264) y en consecuencia habrá que admitir como algo plenamente demostrado en el juicio que sin discusión alguna Fernando Alberto Angulo Agudelo murió al haber sido alcanzado por disparos efectuados por agentes de la Policía Nacional, eliminándose de esta manera que fueron de los guerrilleros o terceras personas.

"Aunque no se pudo obtener copia auténtica de la diligencia de necropsia (folios 94 y ss.), en el sumario # 3347 Juzgado de Instrucción Penal Militar # 55, folios 98 y siguientes, si aparece está donde se determina el fallecimiento y las causas que fueron por herida de arma en ambos pulmones y en la vena cava superior (folios 108).

"Para la Sala los elementos esenciales de la falla del servicio se configuraron a pesar de que el análisis del comportamiento de la administración no es lo mismo hacerlo después de lo ocurrido y sin la presión del "actuar de inmediato", donde es fácil crear subjetivamente enemigos del orden.

"Pero como bien se detectó de las declaraciones y de todo lo demás aportado, pasó un tiempo prudencial después del ataque al Comando y del retiro de la guerrilla para que los agentes volvieran a la plaza principal y los disparos que se hicieron contra Angulo Agudelo fueron a todas luces innecesarios porque ya el peligro había pasado y solo eran de tomarse como efectivamente se hizo a medidas de prevención como era el registro de pasajeros.

"Y aún fue desacertada la actuación policial al no haber dejado trasladar en oportunidad debida al herido a pesar de las protestas ciudadanas que querían de inmediato llevarlo al Hospital, lo que hicieron pero ya tarde.

"Están pues constituídos los tres elementos requeridos cuales son la falta o falla en el servicio por parte de la administración pública, el perjuicio causado a los demandantes y la relación de causalidad entre aquella y éste, suficientes apreciaciones para así comprometer a la Nación.

"Quizás el tratamiento jurisprudencial que en los últimos años se le ha venido dando a situaciones como la que desarrollan la acción, le han servido al apoderado de los actores en su alegato final a plantear que si no existiera falla en el

servicio habría que también auspiciar el riesgo excepcional o finalmente apuntar una presunta, cerrándole así prácticamente a la Administración pública cualquier oportunidad de escapar a su responsabilidad, pero lo cierto es que para la Corporación la falla en el servicio que fue lo que movió la controversia se configuró, sin necesidad de acudir a la presunta acogida por la Fiscalía o a una responsabilidad por riesgo excepcional que entre otras cosas no impulsó la demanda ni se debatió en el proceso.

"Y de lo anterior habrá luego que valorar los perjuicios morales y materiales solicitados.

"Fernando Alberto Angulo Agudelo que al momento de su muerte contaba con 22 años de edad era hijo de Carlos César Angulo Vargas quien escasamente dos meses antes había fallecido por insuficiencia respiratoria aguda y era hijo de Margot del Socorro Agudelo y hermano de Juan Carlos Angulo Agudelo, de 18 años, Andrés Alberto de 11, y José Miguel de sólo 1 año (en el año de 1987) y su desaparición en la forma trágica como sucedió y porqué no decirlo, tan cercana a la de su padre, tuvieron que producir e igualmente por el parentesco existente a su madre y hermanos la mayor aflicción posible que valdrá luego para ordenar y como indemnización y a favor de cada uno de ellos lo equivalente a 1.000 gramos de oro.

"Pero si en este aspecto es fácil de tasar, no es lo mismo en cuanto a las indemnizaciones materiales que finalmente no fueron demostradas y en consecuencias serán denegadas.

"Se argumenta con cierta propiedad y se desarrolla haciendo uso de la prueba testimonial que el padre de los Angulo Agudelo era propietario de un bus que servía la ruta Medellín - Segovia, que a la muerte de éste el hijo quedó administrándolo y que a raíz de su fallecimiento las entradas que se calculaban hasta en $200.000,00 mensuales no volvieron a ocurrir hasta tal punto, que se tuvo que vender el automotor perdiéndole dinero.

"Igualmente se planteó y más como un requisito exigido por la sustanciación, que en los daños materiales su valoración se hacía consultando las fórmulas jurisprudenciales para deducir a favor de Margot del Socorro Agudelo de Angulo y de sus hijos menores una indemnización por $31.792.000.00.

"Habrá que ignorarse y en primer lugar que la familia Angulo Agudelo era propietaria del bus porque la comprobación de ellos no se hace a base de testimonios sino con documentos originados en las dependencias oficiales del tránsito como reiteradamente lo ha apuntado la jurisprudencia.

"Y entonces buscar una indemnización con relación a este punto no tendría sentido, como tampoco la de mostrar que el finado Angulo Agudelo tenía una

entrada mensual hasta de $200.000.00 que dedicaba al sostenimiento de su madre y hermanos menores, porque los planteamientos de los actores respecto a este aspecto buscados y llevados hasta por el término de 23 años y para Margot del Socorro Agudelo comprometiéndose el 75% de las entradas (folios 28 y siguientes), no tienen respaldo alguno y se basa en algo que no corresponde a la realidad ni encaja en lo legal, porque habría que aceptarse que el desaparecido iba por todo el término de su vida a dedicarse y a pesar de su mayoría de edad a laborar para su madre y hermanos menores hasta que estos cumplieran la mayoría de edad, sin formar su núcleo familiar propio, suficiente para que no se acceda a las pretensiones bajo esta tesis e igualmente porque no se comprobó plenamente el perjuicio como debería haberse intentado, dentro de la controversia." (fls. 288-300 Cdno. No. 1).

II- SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 303 y siguientes el Cuaderno No. 1, obra el escrito en que el apoderado de la parte demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso. Los motivos de su inconformidad pueden resumirse así:

El *a-quo* ha debido condenar el pago de perjuicios materiales en favor de MARGOT DEL SOCORRO AGUDELO DE ANGULO, ALVARO ANDRES, JOSE MIGUEL Y JUAN CARLOS ANGULO, pues dentro del informativo se demostró su ingreso mensual de Doscientos mil pesos ($200.000,00). "...en el proceso sí está probado que la víctima, al momento de su muerte estaba en estado de soltería y que era la única persona que velaba económicamente por su madre y hermanos. Especular sobre la mayor o menor prolongación en el tiempo que tal situación, riñe con los principales rectores de acciones como la que se analiza, pues sabido es que para la regulación de los perjuicios reclamados hay que estarse a los hechos ciertos y probados al momento de la ocurrencia del insuceso, sin que sea dable acudir a hipótesis futuras.

"10. En fin, no es raro encontrar casos en los cuales una persona permanece célibe con el único y exclusivo propósito de velar por las necesidades de sus progenitores, y aún de sus hermanos, de ahí que no resulte en absoluto descabellado pensar que Fernando Alberto Angulo Agudelo, persona ciertamente responsable, iba a ser una de ellas".

III-CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Dentro del término de ley alegó de conclusión para exponer, en lo pertinente, lo siguiente:

"1.-Parece ser un exceso de condena a la Nación a pagar a cada uno de los hermanos el equivalente a mil (1.000) gramos de oro, como compensación por la muerte de FERNANDO ALBERTO ANGULO AGUDELO, por cuanto la jurisprudencia de esa Honorable Corporación ha sido reiterada en no superar el equivalente a los quinientos (500) gramos de oro por esta indemnización.

"Ahora bien, no es la primera vez que la víctima es el sustento de la familia, y no se puede gravar a la Nación indemnizando por fuera de lo que regularmente se hace, porque el padre de la víctima hubiera muerto recientemente al tiempo de los hechos, aumentando así el dolor causado."..... .....

"3. En relación con los ingresos de la víctima, tampoco fueron demostrados, por lo cual no se puede condenar por lucro cesante a la Nación, toda vez que el documento idóneo para el efecto es la Declaración de Renta o el certificado de Ingresos y Retenciones, que cumple la misma función.

"4. Respecto al celibato perpetuo de la víctima, que predica el apoderado de los demandantes, dice él, para ver por su madre y hermanos, no pasa de ser una mera espectativa sin ningún fundamento, ya que la jurisprudencia ha señalado que al soltero se le calcula hasta la edad de 25 años para cumplir con estas responsabilidades". (fls. 316-318 Cdno. No. 1)

IV-CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. La sentencia impugnada será confirmada, aunque algunos ajustes de alcance económico, por las razones que más adelante se expondrán.

En el caso **sub-examine** no hay espacio para la duda que impida concluir que se dió la falla del servicio. La prueba testimonial que valoró el **a-quo** tiene fuerza de convicción. Si no se vuelve sobre ella es un homenaje a la brevedad.

No obstante lo que se deja dicho, el **ad-quem** desea destacar los siguientes apartes tomados de la providencia calendada el día veintiseis (26) de marzo de mil novecientos noventa (1.990), proferida por el Juzgado de Primera Instancia del Comando del Departamento de Policía Antioquia, en virtud de la cual se declaró que no existía mérito para dictar Resolución de Convocatoria a Consejo Verbal de Guerra. En ellos se lee:

"..... así las cosas en el caso concreto la conducta de los agentes **fue llevada a cabo por ellos, pero sin que tuviesen otra alternativa, pues a pesar de que los guerrilleros habían cesado en su acción, de todas formas el peligro para los uniformados era latente y persistía, por tal razón, algunos de ellos optaron por salir del cuartel, mientras los otros los cubrían existiendo la**

posibilidad de que nuevamente fueran tomados por sorpresa y a causa de ellos se produjo la muerte del particular, quien imprudentemente, salió del lugar donde se encontraba sin las previsiones necesarias, contribuyendo con ello a crear cierta confusión en los uniformados, quienes dada la premura del caso no estaban en la obligación de distinguir si se trataba de una persona de bien o de un guerrillero..... los Agentes buscaban al salir del Comando disparando, evitar ser agredidos por el enemigo, sin que optaran por disparar contra una persona determinada; y menos aún consideramos que exista la Preterintención por cuanto la intención de los Agentes no estaba dirigida a producir una lesión al particular, por cuanto ni siquiera tenían la idea de su existencia" (C1, fol. 220 y ss.ss). (Subrayas de la Sala).

Valoraciones fácticas y jurídicas, con el universo de la que se deja transcrita, no las hace suya la Sala, pues no son un homenaje ni a la ley ni al Derecho. La fuerza pública se supone especialmente entrenada y preparada para hacerle frente a situaciones delicadas, sin hacerle daño a la población civil. Por ello, no se puede aceptar, a la luz de la lógica de lo razonable, que si los guerrilleros habían cesado en su acción, como se afirma en el citado proveído, los agentes del orden hubiesen salido del cuartel disparando, y sin distinguir si las personas que están en la vía pública eran o no delincuentes. Pero es más: Aún en la circunstancia de que la fuerza pública hubiese procedido con especial prudencia y diligencia, si sacrifica a un compatriota inocente, como consecuencia del enfrentamiento armado, la administración debe responder del daño causado, con apoyo en la filosofía jurídica que trata la materia relacionada con el ROMPIMIENTO DE LA IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PUBLICAS. Razones de justicia legal, y también equidad, llevan a una decisión judicial con tal universo. La conciencia ciudadana se resiste a que los ciudadanos que habitan en pueblos y veredas, que logran escapar a las fuerzas de la subversión, sean sacrificadas por las que sirven al Estado Social de Derecho. La administración, cualquiera que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre la que recaiga, ha de respetar como algo **SAGRADO** e **INVIOLABLE** la dignidad de la persona humana, que es fundamento del orden político y de la paz social. El Estado puede utilizar, con toda energía, dentro de los límites impuestos por el PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, todos los medios de que dispone para impedir que el hombre realice conductas antijurídicas, pero no tiene el poder de segar la vida humana ni de torturar al hombre. La autoridad no es en su contenido social una fuerza física.

B.- La Sala patrocina la condena que por perjuicios morales hizo el sentenciador de instancia a favor de la Señora MARGOT AGUDELO DE ANGULO (madre), por un mil gramos de oro (1.000) fino. Pero encuentra desfasadas las que por el mismo concepto se ordenaron en favor de JUAN CARLOS, ALVARO ANDRES, Y JOSE MIGUEL ANGULO, también por un mil gramos (1.000) de oro para cada uno. Este último nació el día 25 de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986) y en el momento de la muerte de su hermano FERNANDO ALBERTO ANGULO solo tenía un poco más de un año de edad, en estas circunstancias, ninguna condena por perjuicios morales se explica. La Sala ha hecho el reconocimiento en favor de los recién nacidos, pero sólo en el evento de la muerte del padre o de la madre, cuya ausencia

implica, sin lugar a dudas, un trauma grave en la vida del niño. Respecto de los hermanos no cabe aplicar igual filosofía.

Por todo lo anterior, se fija la condena por perjuicios morales sólo en favor de JUAN CARLOS Y ALVARO ANDRES ANGULO AGUDELO, por quinientos (500) gramos para cada uno, que se cubrirán con el precio que el citado metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada la presente sentencia.

La perspectiva que manejó el **a-quo**, al tasar el perjuicio moral para los hermanos ya citados, no es de recibo. Es muy lamentable que ellos hubiesen perdido dos meses antes a su padre, señor CARLOS CESAR ANGULO VARGAS, pero esa circunstancia no puede incidir en la tasación del daño a que dió lugar la falla del servicio, por no existir ningún nexo de causalidad con éstas.

La Sala accederá al pago de los perjuicios materiales en favor de la señora MARGOT AGUDELO DE ANGULO (esposa) y de los hermanos menores ALVARO ANDRES Y JOSE MIGUEL ANGULO AGUDELO, pues la prueba testimonial que se recepcionó, se desprende que el occiso ayudaba en forma permanente para atender las necesidades del hogar. No se hace pronunciamiento en favor de JUAN CARLOS ANGULO AGUDELO, porque este trabajaba y nada se pidió para él en la demanda. La condena se hace en concreto, con apoyo en las siguientes pautas:

PRIMERA. Se ha tomado en consideración el salario mínimo vigente para el año de 1987. De su monto se ha descontado un cincuenta por ciento (50%) que es la suma que se considera que el occiso destinaba para la satisfacción de sus propias necesidades.

SEGUNDO. El cincuenta por ciento (50%) restante se ha dividido en dos partes iguales. Una parte para la Señora Margot Agudelo de Angulo (madre), que va hasta el momento en que Fernando Alberto Angulo Agudelo cumpliría los veinticinco (25) años de edad, en la que con presunción de hombre se considera que habría formado su propio hogar, la otra mitad se reparte por partes iguales entre ALVARO ANDRES Y JOSE MIGUEL ANGULO AGUDELO (hermanos) y va también hasta el momento en que el occiso habría cumplido los veinticinco (25) años por las razones ya anotadas, o sea hasta el día once (11) de enero de 1990.

TERCERA. Se actualiza la condena, tal como fue pedido en la demanda, para lo cual se utilizan las formulas tradicionales aplicadas por la Corporación.

Dentro del marco anterior, LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL deberá pagar las siguientes sumas de dinero:

Para MARGOT DEL SOCORRO AGUDELO DE ANGULO (madre), la suma de SEISCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($616.477.34);

Para ALVARO ANDRES ANGULO AGUDELO, (hermano), la suma de TRESCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS ($308.238.67);

Para JOSE MIGUEL ANGULO AGUDELO (hermano), la suma de TRESCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS ($308.238.67).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO. CONFIRMASE los numerales primero (1), tercero (3) y cuarto (4) de la sentencia calendada el día veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerando de este proveído;

SEGUNDO. REVOCASE el numeral segundo (2) del citado fallo, el cual quedará así:

2. Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, a pagar por concepto de perjuicios morales y a las personas que a continuación se enlistan, las siguientes cantidades de oro fino, que se cubrirán con el precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado este fallo. Ellas son:

A MARGOT AGUDELO DE ANGULO (madre), mil gramos (1.000);

A JUAN CARLOS Y ALVARO ANDRES ANGULO AGUDELO (hermanos), quinientos gramos (500) para cada uno.

CONDENASE, igualmente a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios materiales las siguientes sumas de dinero y a las personas que a continuación se relacionan:

A MARGOT DEL SOCORRO AGUDELO DE ANGULO (madre), la suma de SEISCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($616.477.34);

A ALVARO ANDRES ANGULO AGUDELO, (hermano), la suma de TRESCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS ($308.238.67);

A JOSE MIGUEL ANGULO AGUDELO (hermano), la suma de TRESCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS ($308.238.67).

TERCERO. Expídanse las copias del fallo con destino a los interesados, precisando cual de ellas presta mérito ejecutivo.

CUARTO. Ejecutoriada la presente sentencia devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala, *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS/RESPONSABILIDAD OBJETIVA/PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS

Por la ejecución de trabajos públicos se produjo un daño material imputable a la administración existiendo relación de causalidad entre ambos; en este caso es indiferente si el hecho dañoso se debió o no a una falla del servicio. El demandante no está en la obligación de soportar la carga excesiva fruto de la obra pública realizada, pues un razonamiento contrario quebrantaría el principio de la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, derivado del principio constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C., Veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y dos

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández*

Ref: Expediente No.7036. Actor: José Joaquín Castaño Rave y otra

Resuelve la sala, el grado de consulta de la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de Antioquia el 5 de septiembre de 1991, por la cual adopto la siguiente decisión:

"Primero: Se declaró NO PROBADA LA EXCEPCION DE CADUCIDAD PROPUESTA.

Segundo: Declárase a las Empresas Públicas de Medellín administrativamente responsable de los perjuicios materiales causados a José Joaquín castaño Rave (averías o deterioro en su casa de habitación), con ocasión de los trabajos relacionados con el proyecto hidroeléctrico Riogrande II, en la forma indicada en la parte motiva.

Tercero: como consecuencia, condénase a las Empresas Públicas de Medellín a pagar al señor José Joaquín castaño Rave, como indemnización por perjuicios materiales, la suma de Dos Millones ciento diez y seis mil novecientos veinte pesos moneda legal ($2.116.920.00),"

Cuarto: Las Empresas Públicas de Medellín darán cumplimiento a este fallo dentro del termino previsto en el artículo 176 del Decreto 01 de 1984"(fl. 161 c.1).

ANTECEDENTES PROCESALES

José Joaquín castaño Rave y otra, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa presentaron demanda en contra de las Empresas Públicas de Medellín para que se la declarara responsable de los daños y perjuicios causados a los demandantes en su casa de habitación con ocasión de la construcción del proyecto hidroeléctrico Riogrande II.

Como consecuencia de la anterior declaración que se condene a la entidad a pagar a los demandantes perjuicios materiales, Morales y las costas del proceso.

El actor como fundamento de sus pretensiones narró los siguientes hechos:

1o. El señor Modesto Antonio Castaño Ríos, padre de mi poderdante, José Joaquín Castaño Rave, es titular inscrito y poseedor material de un lote de terreno, con casa de habitación, demás mejoras y anexidades, situado en la vereda la Palma del municipio de Girardota, identificado por los siguientes linderos: partiendo del M. sesenta y nueve (69), que esta localizado al sur-éste de la parcela y que sirve de linderos a las parcelas números sesenta y cuatro y sesenta y cinco (64-65) y terreno de Serafín Meneses, en línea recta y con una distancia de ciento setenta y tres (173mts), se encuentra en M. setenta y uno (71) pasado por el M. setenta; de este punto con una distancia en línea recta cien metros (100 Mts), se encuentra en el M. setenta y dos (72), de este punto con una distancia de noventa y cinco (95 mts.) se encuentra el M. setenta y cuatro (74), de este punto con una distancia de noventa y seis metros (96 mts.) se encuentra en el M. setenta y cinco (75), de este punto con una distancia de ochenta metros (80 mts), se encuentra el M. setenta y siete (77) pasando por el m. setenta y seis (76) que esta localizado en camino interno de la parcelación; de este punto en línea recta con una distancia de ciento veintisiete metros (127 mts), se encuentra el M. sesenta y nueve (69) punto de partida, inmueble que adquirió mediante escritura pública número cuatro mil doscientos veinte (4.220), otorgada ante la notaria Séptima del distrito Especial de Bogotá el día nueve (9) de septiembre de 1955, aclarada mediante instrumento público número seiscientos diez y siete (617) de la notaria Segunda de Medellín, calendada el 17 de marzo de 1957, registrada en la oficina de Registro de instrumentos Públicos de Girardota en el folio de matrícula inmobiliaria 012-0009476.

2o. En el predio identificado en el hecho anterior, por expresa autorización del dueño del predio, el señor José Joaquín Castaño Rave tiene construida una casa de habitación de su propiedad, construida en material, pisos de cemento , techos de madera y tejas de barro.

3o. En la vereda La Palma del municipio de Girardota, de la que hace parte el predio donde esta construida la casa de habitación del señor José Joaquín castaño Rave, se esta construyendo desde hace aproximadamente tres años y medio, por parte de las Empresas Públicas de Medellín, las vías de acceso-carreteras y los túneles indispensables para el proyecto hidroeléctrico Riogrande II.

4o. Como consecuencia de la construcción de la obra a que se ha hecho referencia -proyecto Riogrande II- los habitantes de la vereda La Palma del municipio de Girardota, han sido afectados en sus bienes materiales y en su integridad personal - física y moralmente, y las empresas Públicas de Medellín, entidad por cuya cuenta se construye el proyecto, ha prestado oídos sordos a un gran número de las justas reclamaciones formuladas por la comunidad, hasta el punto de que tuvieron que realizar paros cívicos, únicas oportunidades en que se hicieron presentes en la vereda, representantes del ente Publico, para dialogar con las personas afectadas y tratar de solucionar sus problemas, soluciones que en su gran mayoría se han dado solo de palabra.

5o. en la construcción de las vías de acceso y los túneles para el proyecto Riogrande II, y por virtud de que los terrenos de la vereda, en su mayoría están constituidos por" suelos resifuales-sic- producto de la meteorización del cuarzodiorita, roca características del batolito Antioqueño ", se ha utilizado dinamita en grandes proporciones, cuyas explosiones han producido graves impactos sicológicos en sus habitantes y destruído muchas de las edificaciones existentes casi en su totalidad.

6o. Habida consideración de las reiteradas reclamaciones de los castigados habitantes de la vereda la, (sic) abogando por el pago de los perjuicios, como consecuencia de los daños ocasionados en los terrenos y casa de habitación, el Doctor Oscar Velásquez, Gerente General encargado de las Empresas Públicas de Medellín, solicitó a la entidad "Geominas limitada'. un estudio sobre la identidad y causas de los daños ocasionados en las viviendas de la vereda la Palma, en cuyo trabajo el Ingeniero Geólogo Henry Ospina López, destaco uno o varios de los daños que continuación se cita, en las edificaciones observadas así: "Separamiento de pasa manos de material y piso, rotura de pasa manos, de ladrillo, rotura de viga que sostiene el alero frontal de techos; grietas arriba y abajo de ventanales,m grietas entre muros y paredes; grietas en empate de muros, rotura de pisos, rotura de cunetas exteriores, rotura de tanques de agua o filtraciones, abombamiento de baldosa, caída o rotura de muros de contención, rotura de puertas, ventanas o techos por piedras expulsadas al aire, asentamiento de puertas.. con la notación de que la avería mas

común y la de mayores efectos sicológicos es el agrietamiento de muros y paredes.

"....

8o. Como ya se indicó, en el predio determinado en el hecho,

1o. de esta demanda, tienen el señor José Joaquín Castaño Rave, construida su casa de habitación, de material, pisos de cemento y tejas de barro, edificación, que se encuentra clacificada en la Categoría B., como se desprende del informe mencionado, vale decir, que tiene hendiduras o grietas estrechas en muros y pisos, que dado el tiempo que ha transcurrido desde la fecha en que se hizo el reconocimiento, en la actualidad si interesa gravemente y de inmediato la estabilidad de la vivienda, haciendo necesaria e imperiosa su urgente reconstrucción.

"....

10o. El señor José Joaquín Castaño Rave, ocupa la casa de habitación a que se ha hecho referencia, con su esposa, María Eduviges Cataño de Cataño y sus hijos Alexandri Antonio, Eliana Paola y Edison Andrés Cataño Cataño, ocupación que hicieron con alegría, seguridad y tranquilidad, hasta que se hizo presente en la vereda las Empresas Públicas de Medellín para la construcción de su obra, ya que desde dicho momento todo ha sido angustias, tristezas, dolor, nostalgia y graves afecciones sicológicas, pues que no disfrutan siquiera del sueño para descansar, pendientes de que, de un momento a otro, la querida y destruida casa de habitación se les vendrá encima."(fls 26 a 31 C.1.).

Por su parte la entidad demandada constituyó apoderado judicial, a quien al contestar la demanda, propuso como excepciones la de caducidad de la acción y de la imputabilidad del daño al demandado.

Precluida la etapa probatoria, el señor apoderado de la entidad demandada presento sus alegatos de conclusión en el sentido que se declarasen probadas las excepciones propuesta , al abogado de la parte demandante guardó silencio y la fiscal del Tribunal consideró que debían accederse a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal para adoptar la decisión objeto de la presente consulta, hizo los siguientes razonamientos:

"1.1. Caducidad

Como expresan los peritos. ".. puede definirse como causa de la mayor parte de esas figuras las repetidas vibraciones del terreno por efectos de las voladuras que para excavar el túnel de acceso a la casa de maquinas, se ejecutaron (fl.122); y del informe de la secretaria General de Empresas Públicas (fl.63) se infiere que durante 1985 se utilizaron explosivos ".. con sumo cuidado. por lo que no se da el fenómeno preclusivo de la caducidad de la acción.

1.2. El apoderado de la demanda no manifiesta siquiera en que consiste la excepción que denomina como "La Genérica".

1.3. Aunque tampoco explica lo referente a la que denomina inimputabilidad del daño al demandado (fl.49), en el alegato de conclusión el apoderado sustituto expresa que..! los perjuicios que pretende el actor que le sean resarcidos por las empresas no todos le son imputables a los trabajos, si no que se comparte la responsabilidad en la causación de los mismos por factores como la deficiente construcción técnica de la vivienda, el tipo de material utilizado, la zona en la cual fue construida, etc., que son causas atribuibles al actor" (f. 142).

"Tal excepción quedará decidida conforme a lo que se anotará en los numerales siguientes:

2o. Con los documentos que obran a folios 7 y ss. se acredita que Modesto Antonio Castaño Ríos es propietario del inmueble sobre le cual construyo, con su autorización, la casa de habitación el demandante José Joaquín Castaño Rave así lo declaró Modesto Antonio en audiencia realizada para practicar la inspección Judicial (f.114).

3o. La responsabilidad por causa de trabajos públicos como lo ha dicho la Jurisprudencia es objetiva, es decir, basta al perjudicado demostrar que se ha ocasionado un daño y su relación de causalidad para que surja, a cargo de la entidad dueña de la obra, la obligación de indemnizarlo.

4o. Como aparece demostrado, para la época indicada en la demanda Empresas Públicas de Medellín adelantaba la construcción de las vías de acceso y los túneles requeridos para el proyecto hidroeléctrico Riogrande II(f.47,62,63,64,y 65).

5o. En el informe rendido por 'Geominas' (Ingeniero Henry Ospina López), para "IDENTIFICACIÓN Y CAUSAS DE DAÑOS EN VIVIENDAS VEREDAS LA PALMA MUNICIPIO DE GIRARDOTA, PROYECTO RIOGRANDE II, a la solicitud de empresas Públicas, al cual se refiere ambas partes, se lee:

"Aunque se nota claramente que gran parte de los daños observados son antiguos y parecen ser originados por causas naturales o inherentes al tipo de

construcción, no se puede descartar que la vibración del sismo inducido por la explosión de la dinamita durante la construcción de los carreteables, el enfrentamiento de los túnes y la excavación más superficial de ellos puede haber sido la causa de muchos deterioros si se tiene en cuenta la cercanía de las viviendas al foco sísmico. Además es posible que las grietas que tradicionalmente presentan este tipo de construcciones hayan sido reactivadas por las vibraciones citadas.

"Algunas de las casas averiadas que han sido periódicamente reparadas muestran un detalle importante, en especial cuando han sido pintadas con cal recientemente, pues se nota la rotura de la película de cal a lo largo de grietas incipientes. Esto parece indicar que las vibraciones si son una de las causas de agrietamiento de los muros de las viviendas y que su defecto más o menos grave depende del tipo de construcción y localización con respecto al foco sísmico o sitio de la voladura.

"'.....

"'Como resumen, debe partirse de la base de que gran parte de las averías fueron producidas o aceleradas consecuentemente por el temblor inducido por las voladuras necesarias para la excavación de las obras (carretera, túneles) especialmente cuando estaban cerca a la superficie o aún, siendo relativamente profundas, si las cargas de explosivos fueron grandes '. (fl. 70 y 71).

"La vivienda del demandante fue clasificada en la categoría B, que corresponde a: 'Daños menores. Aunque hay hendiduras o grietas estrechas en muros y pisos y otras obras, su estado actual no parece interesar de inmediato la estabilidad de las viviendas' (fl 70 y 71).

"En el aparte referente a 'RESUMEN DE CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES', el informe dice:

"'En vista de la corta distancia de las viviendas a los sitios donde ha sido utilizada la dinamita y del tipo sencillo de construcción, puede deducirse que gran parte de las averías fueron causas o reactivadas por las vibraciones'.

"'.....

"A folios 126:

"'D). Indudablemente la construcción de la carretera produce una valorización en los predios que atraviesa'.

"En su dictamen recomendaron la demolición y reconstrucción de la casa y para el efecto señalaron un valor de $2.160.000.00, a razón de $40.000.00 el metro cuadrado.

"En el escrito de aclaración y adición dicen, en cuanto a la recomendación de demolición y reconstrucción, que tal afirmación no contradice el que la vivienda pueda ser reparada para mantenerla habitable sin peligro para sus moradores, aunque las reparaciones extensivas son sumamente costosos y pueden llegar a valer tanto como la construcción original; a folios 135, expresan:

"'Por otra parte debe considerarse el hecho que los muros interiores fueron construidos sin las correspondientes trabas lo que ha facilitado su deterioro, para concluir que el valor de los daños asociados a las voladuras analizadas solo representa un 45% del valor total de la construcción, discriminando en 30% que constituye el costo promedio de la mano de obra sobre el total de la construcción, y 15% equivalente al valor estimado de los materiales no recuperables como son adobes y bloques de mortero, materiales de playa y cemento para la erección de los muros, lo que ha traducido a pesos corrientes representa 2 160 000 x 0.45 = 972.000.'

"Allí mismo estiman en $75.000 el valor de reparación de las paredes que se encontraron en precarias condiciones de estabilidad (Inspección Judicial, fl. 112), concretamente la del fondo de la alcoba No. 1 y la pared lateral izquierda en la No. 3. Al respecto, en el punto 4 del dictamen, dicen:

"'La construcción de la vivienda **presenta defectos en las divisiones interiores que no cuentan con las trabas necesarias a los muros perimetrales y carece de vigas de amarre y columnas de confinamiento específicadas en el Código de Construcciones Sismoresistentes**;..." (fl. 125). Las subrayas no son del texto.

"6. Por apreciación personal del suscrito ponente y de los asistentes a la diligencia, en la Inspección Judicial, se anotó:

"'El Despacho deja constancia de que no se observa peligro en cuanto a la estabilidad de la casa en su construcción total salvo las paredes internas que ya se relacionaron' (fl. 113).

"7. En su alegato de conclusión manifiesta el apoderado de la demandada:

"'Con base en lo anterior, solicito que en el evento de declararse la responsabilidad de las Empresas, se haga por el valor de las reparaciones a efectuar y no por la totalidad del inmueble ya que no todo se ha destruído, ni todas las averías le son imputables a los trabajos públicos. Igualmente que se tenga en cuenta el mayor valor que ha adquirido el inmueble con ocasión de la carretera de acceso, por lo cual ha de rebajarse la cuantía en el porcentaje establecido por la ley' (fl. 143).

"8. No es procedente la deducción por valorización porque la norma vigente, cuando la demanda fue presentada (artículo 219 del D 01 de 1984), sólo la establecía para cuando se trataba de '..... reparar el daño por ocupación de inmueble....', que no es el caso a estudio; y la norma posterior (artículo 56 del D. 2304 de 1989, se encuentra redactada en términos similares -cuando se trata de '.....reparar el daño por ocupación de inmueble ajeno.....'.

"9. Aunque los vecinos pudieron experimentar algunas incomodidades, no podría decirse que fueran de tal magnitud y permanencia, como para entender que sufrieron perjuicios morales.

"10. En síntesis:

"10.1 Se demostró que en terreno del señor Modesto Antonio Cataño Ríos, con su autorización, el demandante construyó su casa de habitación, la cual sufrió averías o deterioro con ocasión de los trabajos realizados por las Empresas Públicas de Medellín construcción del proyecto hidro-eléctrico Riogrande II.

"10.2 Se condenará a la demandada al pago de los perjuicios materiales, como es obvio, se excluirán los daños vinculados a los defectos de construcción, concretamente, en cuanto a los muros interiores". (fls. 153 a 160 C.1).

Revisado el proceso no se observa causál de nulidad que invalide lo actuado, en consecuencia se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

La sentencia consultada se confirmará, en consideración a que se dan los presupuestos necesarios para ello.

A. LA LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA está demostrada teniendo en cuenta que José Joaquín Cataño Rave es propietario de la mejora que construyó, consistente en una casa de habitación, en un lote de terreno de propiedad de su padre Modesto Antonio Cataño Ríos y con autorización expresa de éste, en el Municipio de 'Girardota' Departamento de Antioquia tal como se desprende de la declaración que obra a folio 114 del expediente. (fl. 8 a 11).

B. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Con ocasión de la obra pública realizada en el Municipio de 'Girardota', para la construcción de las vías de acceso y los túneles del proyecto "Riogrande II" se causó daños materiales en una casa de habitación construida por el demandante con autorización de su padre que el propietario del terreno.

La Sala comparte la decisión del Tribunal al haber resuelto el caso sub-exámine por el sistema de responsabilidad objetiva o responsabilidad del Estado con ocasión de trabajos públicos; pues por la ejecución de éstos se produjo un daño material imputable a la administración existiendo relación de causalidad entre ambos; en este caso es indiferente si el hecho dañoso se debió o no a una falla del servicio.

El demandante no está en la obligación de soportar la carga excesiva fruto de la obra pública realizada, pues un razonamiento contrario quebrantaría del principio de

la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, derivado del principio Constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley (art. 13 Constitución Política). En consecuencia, la administración deberá indemnizar los perjuicios patrimoniales causados en el monto en que se hubieran demostrado, de acuerdo con las pruebas de orden técnico recaudadas en el proceso; son las siguientes:

Con el informe allegado al expediente por la Sociedad "Geominas Ltda." se identificaron las posibles causas de los daños presentados en las vivienda de la vereda "La Palma", Municipio de Girardota, así: "Aunque no se nota claramente que gran parte de los daños observados y parecen ser originados por causas naturales o inherentes al tipo de construcción, no se puede descartar que la vibración del sismo inducido por la explosión de la dinamita durante la construcción de los carreteables, el enfrentamiento de los túneles y la excavación más superficial de ellos pueden ser la caduca de muchos deterioros si se tiene en cuenta la cercanía de las viviendas al foco sísmico. Además es posible que las grietas que tradicionalmente presentan este tipo de construcciones hayan sido reactivadas por las vibraciones citadas." (fl. 20).

> "En vista de la corta distancia de las viviendas a los sitios donde ha sido utilizada la dinamita y del tipo sencillo de construcción, puede deducirse que gran parte de las averías fueron causadas o reactivadas por las vibraciones ." (fl. 25).

En el informe suscrito por la Secretaría General de las Empresa Públicas de Medellín de junio 8 de 1987, se constató que las obras de construcción y excavación se llevaron a cabo a partir del mes de julio de 1984 hasta el mes de enero de 1986.

En la diligencia de inspección judicial efectuada se detalló el estado de conservación y deterioro del inmueble, y se dejó a los señores peritos para que dictaminaran sobre las posibles causas, los daños y el valor de los perjuicios, quienes lo hicieron de esta manera:

> "El informe de Geominas cataloga la vivienda en la Categoría B 'donde ha ocurrido daños menores, cuyo estado actual no parece interesar de inmediato la estabilidad de las viviendas'. En nuestro informe anotamos, en respuesta al cuestionario formulado que la vivienda debe ser demolida y reconstruida totalmente para que ella 'quede en su estado original'.

"Esta afirmación no contradice el hecho que la vivienda pueda ser reparada para mantenerla habitable sin peligro para sus moradores. Es sabido sin embargo que las reparaciones extensivas en una vivienda son sumamente costosas y llegan a valer tanto como la construcción original amén que el cálculo del valor de dichas reparaciones es siempre objeto de controversia. En nuestro caso dado el estado de deterioro de muros y columnas, deberían ser reconstruídos todos ellos, pudiéndose considerar como elementos recuperables las puertas, ventanas y elementos del techo. Por otra parte debe considerarse el hecho que los muros interiores fueron construídos sin las correspondientes trabas lo que ha facilitado su deterioro, para concluir que el valor de los daños asociados a las voladuras analizadas solo representa un 45% del valor total

de la construcción, discriminado en 30% que constituye el costo promedio de la mano de obra sobre el total de la construcción, y 15% equivalente al valor estimado de los materiales no recuperables como son adobes y bloques de mortero, materiales de playa y cemento para la erección de los muros, lo que traducido a pesos corrientes representa 2 160 000 x 0.45 = $972.000."

Demostrados los elementos que permiten derivar responsabilidad de la entidad demandada, sólo se aceptará la indemnización por perjuicios materiales ya que los perjuicios morales no fueron probados; para lo cual se excluirán los relacionados con los defectos de construcción calculados por los peritos en $75.000.00 acogiéndo de esta manera la operación matemática elaborada por el Tribunal en el sentido de que se actualizó de acuerdo con las reglas de las matemáticas financieras y condenando a las Empresas Públicas de Medellín a pagar un total de $2.116.920 por dicho concepto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Confírmase en su integridad la sentencia consultada.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el proceso al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, cuyo fín primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas, y para asegurar la convivencia en paz. Así las cosas, solo puede esperarse que en el cumplimiento de las funciones que tienen asignadas sus integrantes obren con el mínimo de improvisación y de manera profesional en la manipulación y uso de los instrumentos de suyo peligrosos puestos a su disposición, pues en caso contrario como en de autos, se coloca en grave riesgo el derecho primario y prioritario a la vida y la integridad de las personas que como autoridades precisamente les corresponde defender configurando una falla o falta del servicio.

PERJUICIOS MORALES -Presunción /DAÑO ANTIJURIDICO

Se presume que el daño antijurídico causado a una persona natural por la acción y omisión de las entidades públicas genera dolor y aflicción entre los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes, colaterales o si se trata del cónyuge; como es lógico deducirlo, si la administración pretende liberarse de las obligaciones dinerarias que de ahí se pueden derivar, tendrá que desvirtuar la presunción mediante la demostración de que las relaciones filiales, fraternales, de unión matrimonial o extramatrimonial se hallan debilitadas en forma notoria, se han tornado inamistosas, o incluso que se han deteriorado totalmente.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Ref: Expediente No 7348. Actor: Mercedes Ramos Baltan

Decide la Sala el grado juriosdiccional de consulta de la sentencia de 14 de febrero de 1.992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del cauca, Sección Primera, mediante la cual dispuso:

"1.-Declarar que la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL -, es Administrativamente responsable de las muerte de la menor MARIA DEL PILAR RAMOS, como resultado de los hechos acacidos en la ciudad de Buenaventura, el dia 17 de julio de 1987.

"2.- Como consecuencia de la declaración anterior, LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICIA NACIONAL-, deberá reconocer y pagar como compensación del daño moral, a la señora MERCEDES RAMOS BALTAN, el equivalente a UN MIL (1.000) GRAMOS DE ORO, según certificacieon del BANCO DE LA REPUBLICA, a la fecha de ejecutotria de la sentencia.

"3.- ESTESE en lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

"4.- La NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL, debe dar cumplimiento al fallo en los términos que expresan los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"5.-NIEGANSE las demás peticiones de la demanda. (Fol.100).

I.ANTECEDENTES PROCESALES

1.La Demanda

Con fecha de 24 de enero de 1989, MERCEDES RAMOS BALTAN obrando por conducto de apoderado legalmente constituído y en jercicio de la acción de reparación directa consagarada en el artículo 86 del C.C.A., formuló demanda en contra de LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL.

Solicita declarar a la entidad pública administrativa y patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios que se le causaron a raiz de la muerte de su hija extramatrimonial la menor de edad MARIA DEL PILAR RAMOS , el 17 de julio de1987, según hechos ocurridos en el área urbana de la cuidad de Buenaventura en el

Departamento del Valle de Cauca, los cuales fueron protagonizados por DANIEL SERRANO GARCIA, quien se desempeña como agente del F2 de la Policia Nacional

Como consecuencia de esa muerte derivada de actos imprudentes e irreflexivos del agente oficial que se imputan a una falla del servicio del organismo al cual pertenecia, solicita condenar a la demandada a pargarle las indemnizaciones que le corresponden por los siguientes factores: a.- Por perjuicios morales subjetivos, la suma quivalente en pesos colombianos a 1.000 gramos de oro fino; b.- Por perjuicios patrimoniales directos a daño emergente, el valor de los honorarios de abogado que debe asumir para hacer valer sus derechos en este juicio y; c.- Por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante las sumas que resulten probadas en el proceso por lo que la pretensa madre hubiera podido recibir de su hija como ayuda económica para su sostenimietno y en su subsidio de esas bases, por el quivalente en pesos colombianos a la fecha de ejecutoria de la sentencia de 4.000 gramos de oro fino, según lo dispuesto por los artículos 8 de la ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal. La Condena al pago de los perjuicios materiales, pide hacer la actualizada.

2.- Fundamentos de Hecho

MARIA DEL PILAR RAMOS, nació el 20 de septiembre de 1.982 y siempre estuvo bajo la protección y cuidado de su señora madre, conviviendo bajo el mismo techo, mostrando sentidos diliales de aprecio y amor mutuo.

Su muerte trágica, repentina y fundamentalmente prematura significó un rudo golpe a la moral de la demandante, más cuando esa pequeña era inteligente y se aprestaba a comenzar a estudiar.

Las circunstancias concretas en que se produjo esa sensible tragedia, se relatan de la manera siguiente en la demanda:

> "Tuvieron ocurrencia en la ciudad de Buenaventura Valle del Cauca, el día diecisiete de Julio de mil novecientos ochenta y siete, cuando el agente de la policia nacional SERRANO GARCIA DANIEL, en compañía de los agentes de la misma Institución RIASCOS MANCILLA REYNALDO Y GOMEZ BARRIOS PABLO HUGO, les fué encomendada la misión de averiguar el paradero de una banda de delincuentes denominada " LOS MACUCOS", que venían sembrando el terror en diferentes partes de esa localidad, siendo localizados en el sector de VIENTO LIBRE, Barrio Campo Alegre y que a eso de las diez u once de la mañana, se acercaron al sitio donde se encontraban los antisociales, quienes al notar la presencia de los miembros de la policia , huyeron , por lo cual el agente SERRANO GARCIA DANIEL, disparó haciendo impacto en la menor MARIA DEL PILAR RAMOS, quien fué conducida al Hospital de la Localidad y posteriormente al de Cali, con la ayuda del mismo sindicado, quien aportó dinero para el transporte, donde falleció posteriormente, dada la gravedad de la herida recibida.

"La víctima MARIA DEL PILAR RAMOS, se halla en su casa de habitación y por ende completamente ajena a los acontecimientos.

"4.1. Que el agente de la policia nacional SERRANO GARCIA DANIEL, disparó su arma de dotación oficial irreponsablemente, con exceso, sin necesidad y sin ningún miramiento ni respeto por la vida de quienes ocupaban la vivienda aledaña al sitio donde se dice que estaban los antisociales y sin haber recibido ningún ataque por parte de la menor, ni mucho menos de su madre MERCEDES RAMOS BALTAN.

"4.2. Al disparar irregularmente el arma de dotación oficial, el agente de la policia nacional SERRANO GARCIA DANIEL, infringiendo las normas que regulan el uso de las armas de fuego, terminó con la vida de una criatura que apenas empezaba a tener uso de razón.

"4.3. Con los resultados anotados y

"4.4 Con franca violación de los reglamentos, de la ley de la Constitución Nacional " . (Fol. 6 y 7)

El fundamento jurídico del petitum, se halla en listado a los folios 7 y 8 del C. Principal.

3.- La Actuación Procesal en la Primera Instancia.-

Practicada la notificación del auto admisorio de la demanda a la Nación- Ministerio de Defensa- Policia Nacional, comparecieron a la actuación mediante apoderado especial, quien solicitó algunas pruebas con el objeto de establecer las entradas económicas de la madre de la niña fallecida y si esta se encontraba a su cargo y en lo demás se allanó a las pedidas por el demandante (F ols. 18 a 30); aquellas conjuntamente con las de la parte actora, fueron decretadas por auto de septiembre 5 de 1989, siendo allegadas de manera regular y oportuna a estas diligencias (F ols.32 y 33 C. Principal).

Transcurrido el término que les fué concedido para demostrar los supuestos fácticos en que se encuentran su apoyo tanto las súplicas como la impugnación, se corrió traslado del proceso a fin de que las partes pudieran alegar de conclusión y así mismo para que la Fiscalía rindiera su vista de fondo (Fol. 78); en la oportunidad procesal a que se ha hecho referencia la demanda guardó silencio:

En término hábil el procurador judicial de la parte actora hizo llegar el memorial visible a los folios 79 a 86, con el cual solicita acceder a las pretensiones de la demanda en razón a que se hallan reunidos los elementos que comprometen la responsabilidad estatal en la calamidad de que dan cuenta estas diligencias, es decir, la falla del servicio, una lesión a un bien juridicamente protegido y la relación de causalidad entre aquella y ésta.

El mismo apoderado, con apoyo en la jurisprudencia que aplica a estos casos el Consejo de Estado y después de referirse en forma amplia y detallada al haz probatorio y de manera particular a los testimonios y al proceso penal adelantado por los hechos, solicita proferir setencia en contra de la demandada al estar demostrada la falla de servicio de la administración, que se configuró cuando en las horas de la mañana del 17 de julio de 1987 la niña MARIA DEL PILAR RAMOS fué Herida mortalmente con su arma de dotación por el agente de la policia Nacional OSCAR DANIEL SERRANO GARCIA, cuando en actos propios del servicio y en compañia de otros uniformados perseguia a una banda de antisociales conocida como Los Macucos, en el Barrio Viento Libre de la ciudad de Buenaventura.

A ese respecto, destaca, que " también reposan dentro del proceso los documentos que acreditan la calidad de agente de la policia para la época de los hechos de DANIEL OSCAR SERRANO GARCIA. Está claro además, que dentro del engranaje gubernamental, las fallas en que incurrieron los funcionarios determinan la responsabilidad extraconractual para la Nación, cuando con ella se causan daño a los ciudadanos, como en el caso que nos ocupa y esto salta a la vista si se tiene encuenta que el Agente SERRANO GARCIA DANIEL no obró a título personal cuando le causó la muerte a la niña MARIA DEL PILAR , sino en ejercicio de funciones a nombre del ente público al que pertenece". (Fols 79 a 86).

La Fiscalia del Tribunal, en el concepto que rindió, estima que la falla del servicio endilgada a la administración se encuentra bien establecida y en tales circunstancias conlleva la prosperidad de la demanda. Del análisis del acervo probatorio, dice, se desprende sin lugar a duda que mientras varios efectivos adelantaban diligencias tendientes a lograr la captura de una banda de delicuentes, el agente SERRANO GARCIA disparó su arma de dotación oficial, sin prever las consecuencias, haciendo impacto en la menor Maria del Pilar Ramos quien dias más tarde falleció".

El criterio del Agente del Ministerio Público, la condena solo debe hacerse en lo concerniente a los perjuicios morales " por cuanto no se acreditó (y la minoría de edad lo hacía improcedente) que la occisa aportara dinero alguno para la actora, para que se le reconocieran los perjuicios materiales. (Fols. 87 a 92).

4.- La sentencia Consultada.-

En el fallo objeto de la consulta, visible a los folios 93 a 101 , el tribunal luego de historiar ampliamente lo actuado en este juicio, así como de hacer un detenido y ponderado examen de los medios de convicción allegados al plenario, concluye que se hallan suficientemente acreditados los elementos que comprometen la responsabilidad de la administración en la muerte de la niña MARIA DEL PILAR RAMOS.

Para el *a-quo* no solo hubo falla en el servicio sino que lo fué de manera brutal y descarnada cuando el agente oficial en forma por demás imprudente, sin ninguna consideración o respeto a la vida de las personas habitantes en torno al lugar de los

hechos, disparó su arma de dotación produciendo como trágico final la muerte de la menor; al respecto, consigna las reflexiones siguientes:

> " El analisis de la prueba testimonial recaudada, como el reconocimiento de la maternidad del delito en la justicia Penal Militar, no obstante en esta jurisdicción la fría y ligera justificación al sindicado, configuran el primer elemento de la responsabilidad del estado, la falla del servicio. En cuanto al 2º y 3º elementos, a folio 4 del cuaderno aparece registro de defunción Nº 213667, en que se hace constar que MARIA DEL PILAR RAMOS, falleció como causa de herida cráneana encefálica por proyectil de arma de fuego el 17 de julio de 1987. Daño producido como consecuecia de la falla del servicio de la Nación a través de la consucta ligera e irreponsable del agente Daniel Serrano Garcia, El ente demandado , además, no ha aprobado ninguna causal eximente de su responsabilidad, fuerza mayor, caso fortuito de un tercero , culpa de la victima". (Fol 99) .

En tales condiciones, establecida la culpa de la administración en quella lamentable tragedia y verificada la legitmación en la causa por activa, el tribunal deduce que la demandante tiene derecho a que se le indemnice por los perjuicios morales que reclama. La condena al pago de los perjuicios materiales por lucro cesante, fue negada en virtud a que no se acreditaron; igual suerte sufrió la petición para que se hiciera la condena en costas en contra de la demandada, respecto de los cual el fallador de primer grado aclaró que no es viable impoderadas cuando se trata de los entes públicos.

5.- Los alegatos en el Segundo grado.

En el término que les concedió el adquem a fin de que pudiera presentar sus alegatos de conclusión, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio. (Fls 107 y 108).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que la sentencia en el grado de consulta habrá de confirmarse, en atención a que la Sala comparte en su integridad los análisis que hizo, así como las conclusiones a que llegó, tanto desde el punto de vista sustentivo como probatorio, los cuales permiten concluir que en el servicio comprometen la responsabilidad de la administración en la muerte de la niña MARIA DEL PILAR RAMOS, calamidad que se tradujo en un daño antijuridico para la demandante, que en el ámbito patrimonial deberá reparar el Estado.

Como lo precisa la Constitucion Nacional la policia Nacional es un cuerpo armado permanentemente de naturaleza civil, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades

públicas, y para asegurar la convivencia en paz. Asi las cosas, solo puede esperarse que en el cumplimiento de las funciones que tiene asignadas sus integrantes obren con el minimo de improvisación y de manera profesional en la manipulación y uso de los intrumentos de suyo peligrosos puestos a su disposición, pues en caso contratrio como en el de autos , se coloca en grave riesgo el derecho primario y prioritario a la vida y la integridad de las personas que como autoridades precisamente les corresponde defender configurando un a falla del servicio.

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los sucesos están amplia y suficientemente acreditados en realidad recogida en el plenario. Subsumidos esos antecedentes fácticos en el regimén de la falla o falta probada del servicio, se evidencia que el hecho dañoso ocurrió por culpa de la administración y esos presupuestos indican que la pretensieon principal de libelo introductor del juicio debe ser resolver favorablemente.

No obran en el expediente elementos de juicio con virtualidad suficiente para configurar al guna de las causales exonerativas de la reponsabilidad de la administración, pues nada sugiere que el daño sido de fuerza mayor , la culpa exclusiva de un tercero o de la victima; por el contratio, el plenario en su conjunto tiende a demostrar que aquella muerte fué la consecuencia necesaria y obligada de una grave falla del servicio atribuible en forma excluyente a la policia Nacional, conclusión a la que se arriba al valorar el acervo probatorio y particulrmente los testimonios que se refieren a los hechos lo mismo que las piezas del proceso penal seguido al homicida.

En la actuación no aparece acreditada la existencia de la supuesta peligrosa banda de delicuentes contra la cual iba dirigido el procedimiento de la fuerza pública ; pero si está probado hasta con el dicho de algunos de los compañeros del agresor, que las personas objeto de esa acción en ningún momento pretendieron agredir a quienes los perseguian y menos con armas de fuego, pues la verdad no las poseían.

El victimario conocía que el sector estaba destinado a vivienda y que ellas eran humildes, por lo que sus paredes se construyen en madera.

Entonces la falla del servcio se deriva de la actitud adsolutamente imprudente y peligrosa asumida por el agente oficial quien percutió su arma de dotación según afirma " contra ningún objetivo visible", cuando en verdad hizo el diparo contra las tablas que encerraban la habitación de la niña a la que impactó causándole la muerte; de acuerdo a los reglametos sobre utilización de las armas oficiales y por simple lógica, si el homicida lo que pretendía era persuadir a los delicuentes a que dejaran de huir y se entregaran, debió hacer el diparo al aire para no poner en peligro los derechos fundamentales que inexcusablemente debía garantizar.

También se vincula el servicio a cargo de la administración a l mantener al servicio de la institucieon a una persona que mostraba una personalidad proclive, como lo enseña su hoja de vida, a " hacer mal uso y diparar el arma oficial sin causa justificada" (Fol 109 del C. de Pruebas).

A raíz de los acontecimientos de que dá cuanta esta actuacieon se adelantó proceso penal contra el homicida en el que se reafirma la falla del servicio, siendo relevante en ese sentido al coincidir con el resto del acervo probatorio la calificación que de su conducta hizo el auto del 30 de septiembre de 1988, mediante el cual, el juzgado 76 de Intrucción Penal Militar le dictó auto de detención, previos los siguientes plantemientos que resultan elocuentes:

> "TERCERO: Se escuchó en indagatoria al Agente de la POlicia Nacional SERRANO GARCIA DANIEL. Manifiesta que la para el 17 julio de 1987 laborado en el F-2 del séptimo Distrito de Buenaventura . Oyó hablar de la menor en la hospital de Buenaventura porque le informaron que habeia resultado herida por " unos desgraciados de los Macucos". Que la señora le había dicho que la menor había sido herida en un enfrentamiento que había tenido horas antes en el sector del bajo firme con la banda antes nombrada. La presona informanta le solicitó colaboración para trasladarla a la ciudad de cali para ver si le salvaban la vida, se dirigieron al comando del Distrito, Hablaron con el Capitan CHAVEZ sobre la colasboraron con dinero dado por el personal que se encontraba en el cuartél porque no tenían con qué atender a la menor. Agrega que una vez se encontraban con la banda , hizo un diparo a ningún objetivo, porque se habían encerrado los de la banda, niega que la señora que lo alcanzó era para decirle que le había matado la hija, que eso es falso. En cuanto al dinero dice que es falso que él hubiera dado dinero, dice que es falso, porque había sido una colaboración del personal que se encontraba en el Comando. En cuanto a que tenía que decirle que por parte de los delicuentes no había habido disprados dice que no se explica por que falsean la verdad. Se refiera que disparó una sola vez, informó la novedad y cuando se dió cuenta que se habia cometido un homicidio, en el operativo que habia hecho lo puso a diposición del armerillo lo necesitaba como prueba de Balistica. Folios 96 y 98 frente y vuelto de cuardeno original.
>
> "CUARTO : Los hechos anteriores configuran la existencia del delito de Homicidio, contemplado y definido en el libro No 2. , título VII, capitulo II, del Código de Justicia Penal Militar, en la modalidad de culposos y sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años". (fols 98 y 99 C. de pruebas).

Igualmente, en proviendcia del 22 de mayo de 1990, actuando como Juez de primera instancia el Comando de la Policia del Valle del Cauca, se aceptó la justificación suministrasa por el sindicado en el sentido que la banda de delicuentes los macucos recibió con siapros a la patrilla de la policia " por lo que sacaron sus armas de dotación y los delicuentes salieron huyendo, siendo perseguidos por el agente DANIEL SERRANO GARCIA, quien hizo un disparo con mala fortuna de que hizo blanco en la humanidad de la menor de cuatro años MARIA DEL PILAR RIASCOS RAMOS, quien fallecio horas despues" (Fols 103a 105 ibidem).

Corolario de las precedentes consideraciones, como ya se advirtió, habrá de confirmarse la declaratoria de responsabilidad de la administración hecha en el fallo del *a-quo*.

La condena al pago de los perjuicios morales

La prueba testifical, acredita el interés de la demandante pues muestra no sólo que tenía a su cargo la crianza y educación de la occisa sino también las relaciones de amor, afecto, cariño y solaridad que existían entre ella; dichas circunstancias, ha dicho la Sala igualmente legitiman extraordinaria para pretender indemnización de los perjuicios irrogados por el dañoso al demandante.

Conforme a la actual orientación jurisprudencial del Consejo de Estado, en proceso de esta naturaleza se presume que el daño antijuridico causado a una persona natural por la acción u omisión de las entidades públicas genera dolor y aflicción entre los parientes hasta el segundo grado de consaguinidad o definidad y primero civil, ya sean ascendentes, descendientes , colaterales o si se trata del cónyuge; como es lógico deducirlo, si la administración pretende liberarse de las obligaciones dinerarias que de ahí se pueden derivar, tendrá que desvirtuar la presunción mediante la demostración de que las relaciones filiales, fraternales, de unión matrimonial o extramatrimonial se hallan debilitadas en forma notoria, se han tornado inamisorias, o incluso que se han deteriorado totalmente.

En virtud a que su evaluación se ciño a los lineamientos jurisprudenciales sobre la materia, se confirmará lo resulto por el a-quo que en lo relacionado con el monto de los perjuicios morales subjetivos reconocidos a l;a demandante. El precio del gramo de oro que se tendrá en cuenta para el pago de aquellos perjuicios morales será el interno, para cuando cobre ejecutoria esta providencia, el que certificará el Banco de la República para entonces, a favor de la beneficiada con su otorgamiento. A tal efecto allegará con la cuenta de cobro, la citada certificación.

La suma asi concretada por perjuicios morales devengará intereses comerciales corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios luego de esto término.

En mérito de lo expuesto, el consejo de Estado, Sala de lo Contecioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO : Confírmase la sentencia consultada, esto es la de 14 dde febrero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera.

SEGUNDA :La suma concretada por perjuicios morales, devengará intereses comerciales corrientes durante los seis meses (6) siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios de ahi en adelante.

TERCERO: Con el objeto de que se dé cumplimiento a los dispuesto en los

artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán copias de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino al Ministerio de Defensa la Policia Nacional y a la parte actora, para los fines previstos en el artículo 115 de C.P.C

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sensión de fecha veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO/PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La Sala se encuentra frente a un caso más de los muchos que suelen presentarse, en que la fuerza pública se excede en el manejo y control de los pequeños casos de policía que tiene que atender. Ninguno de los jóvenes que eran requisados portaba arma de fuego, ninguno agredió a la policía en forma que pueda calificarse de grave. Sin embargo, el agente armado con fusil y revólver, optó por disparar contra el occiso, sin causa, motivo o razón. Las fuerzas del orden se suponen preparadas y educadas para controlar el orden público sin tener que acudir a excesos como los que ahora se deploran, los que infringen la ley deben ser sometidos en la forma más razonable posible, tratando de evitar, hasta el exceso, el uso de las armas. La ley y los reglamentos de la policía señalan, en forma muy precisa, en qué casos puede darse la legítima defensa. Esta es lícita, pero tiene contornos muy claros.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., Octubre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y dos (1992).

CONSEJERO PONENTE: *DR. JULIO CESAR URIBE ACOSTA.*

Ref: Expediente No. 7684. Actor: OBDULIO QUINTERO LOPEZ
DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA POLICIA NACIONAL

Agotada la tramitación procesal de la ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el GRADO DE CONSULTA de la sentencia calendada el día once (11) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en su parte resolutiva, DISPUSO:

"PRIMERO: Declárase a la NACION COLOMBIANA -Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, administrativamente responsable por los perjuicios causados a OBDULIO QUINTERO LOPEZ, ANATOLIA GOMEZ DE QUINTERO, ANA HIMELDA, LUIS ALFREDO, HECTOR ALONSO, OBDULIO Y NOE ANTONIO QUINTERO GOMEZ, como consecuencia de la muerte de José Cosme Quintero Gómez, ocasionada por un disparo de arma de fuego accionada por el agente de la Policía Nacional, Juan Rodríguez Cruz, el día 12 de junio de 1988 en el barrio México de la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, Condénase a la NACION COLOMBIANA -Ministerio de Defensa Nacional, policía Nacional a reconocer y a pagar, a OBDULIO QUINTERO LOPEZ y a ANATOLIA GOMEZ DE QUINTERO, a titulo de indemnización por perjuicios morales subjetivos, el valor en pesos colombianos, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de mil (1.000) gramos oro fino, para cada uno de ellos.

"TERCERO.- Condenase a la NACION -Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional- a reconocer y a pagar a ANA HIMELDA, LUIS ALFREDO, HECTOR ALONSO, OBDULIO y NOE QUINTERO GOMEZ, a titulo de indemnización por perjuicios morales subjetivos, el valor en pesos colombianos, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de quinientos (500) gramos oro fino, para cada uno de ellos.

"CUARTO. Condenase a la NACION -Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional a reconocer y a pagar a OBDULIO QUINTERO LOPEZ, a titulo de indemnización por perjuicios materiales, la suma de NOVENTA Y DOS MIL PESOS ($92.000.00) M/te., suma que se actualizara en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia.

"QUINTO.- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

"SEXTO.- La suma liquidada ganara intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y comerciales moratorios desde el vencimiento de este término y hasta su cancelación.

"SEPTIMO.- Para cumplimiento de este fallo se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contenciosos Administrativo.

"OCTAVO.- Si no fuere apelada esta sentencia, consúltese con el superior." (fl. 100-101-, C,1).

Para la mejor compresión jurídica de todas las circustancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"A. LA DEMANDA

"Los señores OBDULIO QUINTERO LOPEZ, ANATOLIA GOMEZ DE QUINTERO, ANA HIMELDA, LUIS ALFREDO, HECTOR ALONSO, OBDULIO y NOE ANTONIO QUINTERO GOMEZ formulan ante esta Corporación las siguientes pretensiones:

"PRIMERA: Declarar a la Nación (Ministerio de defensa, Policía Nacional) administrativamente responsable de la muerte del señor José Cosme Quintero Gómez, ocurrida el día 11 de junio de 1988 en la ciudad de Bogotá.

"SEGUNDA.- Condenar a la Nación (Ministerio de Defensa, Policía Nacional), a pagar a cada uno de los demandantes, a título de perjuicios morales, el equivalente en pesos colombianos de las siguientes cantidades de oro puro o fino según su precio internacional a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, de acuerdo a certificado que expida el Banco de la República:

"A) Para Obdulio Quintero López, mil gramos.

"B) Para Antonia Gómez de Quintero, mil gramos.

"C) Para Ana Himelda, Luis Alfredo, Héctor Alonso, Obdulio y Noé Quintero Gómez, quinientos gramos de oro p[ara cada uno.

"TERCERA.- Condenar a la Nación (Ministerio de Defensa, Policía Nacional) a pagar a Obdulio Quintero López y Anatolia Gómez de Quintero, los perjuicios materiales sufridos con motivo de la muerte de su hijo José Cosme Quintero Gómez fijando como base de la condena un sueldo de treinta y tres mil quinientos pesos mensuales, ingresos que corresponden a su ultima asignación. mas un 25% de prestaciones sociales, descontando el 25% que destinaba la víctima para su propia subsistencia. Ajustada la condena según la variación porcentual del índice de precios al consumidor para empleados existentes entre el 11 de junio de 1988 y el que exista cuando se produzca el fallo de segunda instancia, teniendo en cuenta además las tablas de supervivencia de la víctima y de sus padres y la formula de matemáticas financieras aceptada por la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre indemnización debida o consolidada y la futura.

"CUARTA.- Condenar a la Nación (ministerio de Defensa, Policia Nacional) a pagar a Obdulio Quintero la suma de noventa y dos mil pesos ($92.000.00) ajustada dicha suma según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre el 11 de junio de 1988 y el que exista cuando se produzca el fallo, mas un interés del seis por ciento anual y la formula de matemáticas financieras aceptada por el Consejo de Estado. La condena se hará en concreto, según las pautas anteriores.

"QUINTA.- La Nación dictará dentro del término de treinta días contados desde la comunicación de la sentencia la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento y pagará intereses sobre las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia y en el auto de liquidación de perjuicios en la siguiente forma: comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria y moratorios después de este término".

"2,- Como hechos de la demanda se aducen, en síntesis, los siguientes:

"a.- Obdulio Quintero y Anatolia Gómez contrajeron matrimonio el 21 de enero de 1961 y procrearon seis hijos: Ana Himelda, nacida el 22 de octubre de 1961; José Cosme, nacido el 20 de enero de 1963; Luis Alfredo, nacido el 12 de octubre de 1964; Héctor Alonso, nacido el 11 de agosto de 1966, Obdulio, nacido el 3 de junio de 1968 y Noé Antonio Quintero, nacido el 9 de febrero de 1970.

"b.- Noé Antonio Quintero fue llamado a prestar el servicio militar y el 11 de junio de 1988, después de prestar el juramento de bandera en la séptima Brigada en la ciudad de Villavicencio, se encaminó a Bogotá, en compañía de sus padres, a donde llegó aproximadamente a las 9 pm. y para celebrarlo se dirigió en compañía de algunos sus hermanos y amigos a una taberna ubicada en el barrio México. Antes de llegar a ella, en la calle, había dos agentes de policía quienes les preguntaron si tenían sus papeles y éstos respondieron afirmativamente. Después de requisar a otros cuatro jóvenes ajenos al grupo, los policías pusieron al señor Quintero y a sus acompañantes contra la pared. Uno de los agentes efectuaba la requisa y el otro portaba un revolver y una ametralladora. Este último agredió a uno de los integrantes del grupo, Jairo Gallego, y apoyado por su compañero tomo la decisión de detenerlo. Ante este hecho José Cosme Quintero dijo al agente que se llevaba a todos los miembros del grupo y entonces el agente Juan Rodríguez Cruz se devolvió y disparó su revolver contra éste, quien cayo gravemente herido y fue conducido al hospital de la Hortua, por sus hermanos Luis Alfredo y Héctor Alonso y por su compañero Omar Caicedo. Al llegar al Hospital, aproximadamente a las 11 pm., el herido fue atendido inmediatamente, pero a las 8. am del día siguiente, 12 de junio, falleció.

"c.- El agente victimario huyó siendo perseguido por Germán Cubillos, Reiber Caicedo y Noé Quintero y se refugio en la estación de Meissen.

"d.- José Cosme Quintero trabajaba en la Secretaría de Salud de Bogotá, con una asignación mensual de $33.500.00, ayudaba al sostenimiento de sus padres, con quienes vivía, en compañía también, de sus hermanos.

"3.- La muerte del joven Quintero causó perjuicios morales a sus padres y hermanos y materiales a los últimos, a mas de que el padre hubo de sufragar los gastos del sepelio.

"3.- Como sustento jurídico de la demanda invocan los actores los artículos 2, 16, 20, 30 y 33 de la Constitución Nacional; 78, 86, 217, a 219 del C.C.A.; 251, 411 3-9-, 1613 y 1615 del C.C.; 106 y 107 del C.P.

"La muerte de José Cosme Quintero constituye una típica falla del servicio. La policía no puede usar sus armas de fuego contra indefensos ciudadanos y darles muerte. Existe además, un reglamento para uso de las armas que se debe respetar, sopena de que el Estado deba indemnizar los daños así ocasionados (fl. 3 a 14, C. Principal)".....CONSIDERACIONES....

"I. La declaratoria de responsabilidad de la Nación que solicitan los actores está fundada en una falla en la prestación del servicio a que aquella está obligada.

"Ahora bien, para que este tipo de responsabilidad de la Administración se configure, es necesario que se presenten todos y cada uno de los elementos estructurales de la misma, que tanto la doctrina, como la jurisprudencia han coincidido en determinar, así:

"a) Una falla o falta en la prestación del servicio por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del mismo;

"b) Un daño que implique lesión de un bien jurídicamente...tutelado; y

"c.- Un nexo causal entre el daño y la falla en la prestación del servicio a que la Administración está obligada.

"II. Para acreditar los supuestos fácticos de la demanda se allegaron, en debida forma, al plenario los siguientes medios de prueba:

"a.- Registro Civiles de nacimiento de José Cosme Quintero Gómez, Luis Alfredo Quintero Gómez, Ana Himelda Quintero Gómez, Héctor Alonso Quintero Gómez, Noé Antonio Quintero Gómez, Obdulio Quintero Gómez y registro civil de matrimonio de Obdulio Quintero y Anatolia Gómez, con lo que se acredita que la víctima era hijo y hermano de los actores (fl. 17 a 22 y 24C. Principal).

"b.- Registro civil de defunción de José Cosme Quintero Gómez, según el cual su fallecimiento se produjo en el Hospital de la Hortua en Bogotá, el día 12 de junio de 1988, a las 13:45 p.m., a causa de laceración cerebral (fl. 23. C. Principal); documentos contentivos de la necropsia, de los cuales se desprende que la muerte se produjo el día 12 de junio de 1988 a las 7:40 a.m. a causa de laceración cerebral producida por proyectil de arma de fuego (fl. 111 a 116 y 142 a 149 C. No. 2) y resumen de la Historia Clínica del Hospital San Juan de Dios (fl. 34 C. No. 2).

"c) Certificaciones procedentes de la secretaria de Salud de Bogotá, en las que consta que el señor José Cosme Quintero Gómez laboraba en el servicio de salud de Bogotá, desde el 26 de mayo de 1988, con una asignación mensual de $33.500.00 (fl. 25 y 26 C. Principal).

"d) Fallo de primera instancia proferido dentro del consejo de Guerra Verbal seguido al agente de la Policía Nacional Juan Rodríguez Cruz, por el delito de homicidio en la persona de José Cosme Quintero, en el cual se absuelve al mencionado agente, con fundamento en que el hecho ocurrió por fuerza o caso fortuito, ya que le disparo que cegó la vida del joven Quintero se produjo en un forcejeo entre el agente y la víctima (fl. 4 a 24 C. No. 2).

"e. Fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior que confirma el fallo de primera instancia (fl. 25 a32 C. No. 2).

"f. Extracto de la Hoja de Vida correspondiente a Juan Rodríguez Cruz, procedente de la Comandancia de la Policía Metropolitana de Bogotá, de la que se desprende su vinculación a la Policía Nacional el día de los hechos (fl. 35 a 39 C. No. 2) y Certificación procedente de la misma Comandancia, acompañada de copia de la Minuta de Guardia del día 11 de junio de 1988, de las que se colige que en la fecha mencionada el agente Juan Rodríguez Cruz se encontraba de servicio, primer turno que le correspondió conocer de un caso de hurto en el que resulto herido y posteriormente muerte el señor José Cosme Quintero Gómez. Igualmente, se hace constar que el agente portaba como dotación oficial el revolver marca Ruger No. 158-83591 de propiedad de la Policía Nacional (fl. 40 a 49 C. No. 2).

"g) Diligencias adelantadas por la Procuraduría General de la Nación, Delegada para la Policía Nacional, dentro de la investigación a que dio lugar la muerte del señor Obdulio Quintero Gómez (fl. 50 a 141 C. No. 2) y que para la fecha de su remisión aún no había concluido.

"h.- declaraciones testimoniales de las siguientes personas:

"CAMPO NOLBEIRO CAICEDO PARRA quien manifestó que el 11 de junio de 1988 se dirigía en compañía, entre otras personas, de José Cosme Quintero Gómez a una taberna a celebrar el juramento de bandera de Noé Quintero Gómez, cuando dos agentes de la Policía les pidieron se colocaran contra la pared para efectuar una requisa. Uno de los agentes pateo a Jairo Gallego, ante lo cual José Quintero intervino para solicitar respeto. El agente decidió entonces, llevarse al primero detenido, José reclamo expresando que en ese caso todos debían ser detenidos. El agente que tenia un revolver en una mano y un fusil Galil en la otra, se volteo y disparo contra José, luego salio corriendo seguido por el otro policía y efectuó dos disparos mas contra algunos de los compañeros que los perseguían, refugiándose en la Estación Meissen. Agrega que conoce a la familia Quintero Gómez por residir en el mismo barrio desde

hace aproximadamente 15 años y que entre sus miembros, quienes habitan en la misma casa, existé notorio afecto y respeto (fl. 150 a 153 C N. 2).

"JAIRO GALLEGO quien expresa que el 11 de junio se dirigía con un grupo de amigos y, entre ellos, José Cosme Quintero, a celebrar el juramento de bandera de Noé Quintero, cuando dos agentes de la Policía procedieron a hacerles una requisa, habiéndole uno de los agentes golpeado, ante su reclamo decidió llevárselo detenido y José Cosme Quintero intervino solicitándole que lo soltara. "El agente cogió a éste de la parte trasera izquierda, lo haló y le pegó el tiro en la paleta, el cual resbalo y entro por la parte izquierda del cuello". Los policías salieron corriendo hacia la Estación de Meissen. Afirma haber escuchado otros disparos como a unas dos cuadras de la Estación, la cual dista ocho cuadras del sitio de los hechos. Agrega que los padres y hermanos de la víctima, así como éste residían bajo el mismo techo, salvo Himelda y Alfredo quienes tiene su propio hogar en el mismo barrio muy cerca al de los padres y que José Cosme prestaba ayuda económica a éstos (fl. 154 a 157 C. No. 2).

"REIBER CAICEDO PARRA quien expresa que el 11 de junio celebraban varios amigos el juramento de bandera de Noé Antonio Quintero, cuando un policía quiso detener en forma agresiva a Jairo Gallego, razón por la que intervino José Cosme Quintero. El policía con el arma en la mano lo volteó y le disparó, para después huir hacia el puesto de policía. Al ser perseguido el policía hizo otros disparos sin lograr herir a nadie. Agrega que los padres y hermanos residían bajo el mismo techo, salvo Himelda y Alfredo que tenían su propio hogar ubicado en la misma cuadra de los primeros y que José Cosme ayudaba a sus padres económicamente.

"GERMAN CUBILLOS PEÑA quien expresa que el 11 de junio salió con varios amigos a festejar el juramento de bandera de Noé Antonio Quintero hacia las 10 pm., cuando dos agentes de la policía decidieron requisarlos. Uno de los agentes portaba un revolver en la mano derecha y agredió a Alonso Quintero. Intervino entonces Jairo Gallego y el agente decidió detenerlo. José Cosme Quintero se dirigió al agente para expresarle que entonces los detuviera a todos. El agente cogió a éste por el hombro, lo volteo y le disparo y luego salió corriendo hacia la Estación de Policía, al ser perseguido por tres personas entre ellas el declarante, disparó en dos oportunidades mas. Agrega que José Cosme Quintero contribuía para el sostenimiento de sus padres con quienes residía en compañía de sus hermanos (fl. 160 a 162 C. No. 2).

"BLANCA CECILIA CORONADO DE MARTINEZ quien expresa que el día de los hechos dos agentes de policía estaban requisando a un grupo de muchahos, uno de ellos, Jairo, por no tener sus documentos fue detenido y entonces el resto de su compañeros dijeron que ellos se quedaban con él, "....y así se formó el problema y yo ví que el policía blanco sacó el Galil y le disparó por detrás a uno de los muchachos por el hombro", después salieron corriendo los policías. Agrega que el agente que disparó portaba un revólver y un Galil y que no sabe cual de las dos armas fue la que utilizó para herir a José Quintero.

"i. Recibo extendido por Funerales E. CORTES R., a nombre de Obdulio Quintero López, por la suma de $92.000.00, debidamente reconocido ante Notario (fl. 27 C. principal).

"III. Efectuado un análisis de conjunto, razonado y comparativo del material probatorio allegado al plenario, encuentra la Sala plenamente acreditado el primer elemento de la responsabilidad, la falla o falta en la prestación del servicio.

"En efecto, se halla demostrado que el día 11 de junio de 1988 el agente de la policía Nacional, Juan Rodríguez Cruz, quien portaba uniforme y arma de dotación oficial y se encontraba en misión de servicio o ejercicio de sus funciones disparó su arma de fuego contra el señor José Cosme Quintero Gómez causándole la muerte.

"Los hechos en que se sustentan las pretensiones y que la Sala encuentra probados, ubican el régimen de responsabilidad que se pretende deducir a ésta, dentro de la falla del servicio en la modalidad de falla presunta, pues éstos ocurrieron dentro de una actividad peligrosa como es el uso de armas de fuego. Correspondía, por tanto, a la demandada acreditar la presencia de una de las causales exonerantes de responsabilidad, como son la fuerza mayor o caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

"Si bien, al proceso se allegó copia de los fallos de primera y segunda instancia proferidos por la Justicia Penal Militar, dentro del Consejo de Guerra Verbal que se le siguió al agente Rodríguez Cruz por el delito de homicidio en la persona de José Cosme Quintero Gómez, en los cuales se le absolvió con fundamento en que el hecho ocurrió por caso fortuito, al haberse disparado el arma portada por el agente de la Policía en momentos que este forcejeaba con la víctima, los referidos fallos hacen tránsito a cosa juzgada en lo que mira a la responsabilidad personal del implicado en los hechos, pero no en lo que concierne a la responsabilidad de la Administración, en cuanto pueda predicarse irregularidad en la actuación de Agente cuya conducta no pueda escindirse de la Administración misma. De otra parte, cabe destacar que, de conformidad con el artículo 55 del C. de P.P., la sentencia ejecutoriada proferida en el proceso penal hace tránsito a cosa juzgada con relación a la acción indemnizatoria que pudiera intentarse cuando en la primera se declare que el sindicado no cometió el hecho causante del perjuicio, que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa, circunstancias éstas que no se presentan en el evento sub-judice, pues como ya se anotó, la sentencia absolutoria en el proceso penal se funda en la ocurrencia del caso fortuito.

"El material probatorio allegado al plenario no conduce a la Sala a dar por establecido que el hecho en que se funda la responsabilidad provenga de un caso fortuito. Ninguno de los declarantes afirma que se hubiera producido forcejeo entre el agente de la autoridad y la víctima y que dentro de éste se

hubiera originado el disparo que ocasionó la muerte por la que ahora se reclama declaratoria de responsabilidad e indemnización de perjuicios. Destaca a este respecto, la Sala, que no solamente las personas que conformaban el grupo del que hacía parte la víctima, afirman que el agente disparó contra el señor Quintero Gómez, sino también el único declarante ajeno o extraño a aquel coincide en tal afirmación. De otra parte y aún en el evento de hallarse probado que hubo el mencionado forcejeo y que en tales circunstancias se produjo el disparo que ocasionó la muerte al señor Quintero, no se trataría de un caso fortuito, institución jurídic a que se configura cuando sobreviene un hecho extraño o ajeno a las personas, imprevisto e irresistible, que rompe el nexo causal entre la actuación de éstas y el resultado de tal actuación. En el evento *sub-judice* podría pensarse quiza en culpa de la víctima como exonerante de responsabilidad, pero de una parte, como ya se dijo, no se demostró que el hecho hubiera acaecido en las circunstancias mencionadas, y, de otra parte, la imprudencia o imprevisión proviene del agente de la autoridad quien portaba el arma. No se desvirtuó pues la presunción de falla del servicio. Por el contrario, se demostró que hubo irregularidad en la actuación del agente de la administración que compromete la responsabilidad de ésta a título de falla en la prestación del servicio.

"En lo que concierne al daño, habrá de accederse a la condena por perjuicio moral y parcialmente por los perjuicios materiales que se afirman irrogados.

"En efecto la muerte de un hijo ocasiona en sus padres afección psiquica, dolor y aflicción que si bien no pueden resarcirse en términos monetarios pueden tratar de compensarse con la correspondiente indemnización que para este evento la jurisprudencia ha fijado en el equivalente en pesos, a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de, mil gramos oro puro.

"En cuanto a los hermanos, todos mayores de edad para la fecha de los hechos, se demostró en el plenario que éstos, a excepción de dos de ellos, convivian bajo el mismo techo y mantenían vínculos de afecto fraternal. En cuanto a Ana Himelda y a Luis Alfredo Quintero Gómez, si bien se acreditó que no convivian bajo el mismo techo con su hermano José Cosme Quintero Gómez, si se demostró que residían a muy poca distancia de la casa paterna y que mantenían con éste estrecho trato y relación familiar. En las condiciones anteriores, deduce la Sala que la muerte de su hermano, José Cosme Quintero Gómez, hubo también de afectarlos emocionalmente y por ello accederá la Sala a Condena a su favor por concepto de perjuicio moral en el equivalente en pesos, a la fecha de ejecutoria de la sentencia, de 500 gramos oro puro para cada uno de ellos.

"En lo que respecta a los perjuicios materiales, de una parte, no se demostró que los padres de la víctima dependieran económicamente de éste para su subsistencia, a lo sumo se estableció que está contribuía con alguna porción de sus ingresos para el sostenimiento del hogar y la Sala entiende, en estas condi-

ciones, que se trataba apenas del cubrimiento de gastos o erogaciones que generaba la subsistencia de la víctima en cuanto residía en la casa de sus padres. De otra parte y , en lo que atañe al detrimento patrimonial sufrido por el padre de la víctima, señor Obdulio Quintero López, originado en los gastos en que incurrió con ocasión del sepelio de su hijo, accederá la Sala a la mencionada condena y ordenará la correspondiente actualización, tomando para ello como extremos el día 12 de junio de 1988 y la fecha de ejecutoria de esta sentencia, con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, donde:

"VP = $\frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$

VP = Valor presente

s = suma a actualizar

"Indice final: certificado por el DANE sobre precios al consumidor a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Indice inicial: certificado por el DANE sobre precios al consumidor del 12 de junio de 1988.

"Finalmente, se encuentra demostrado que la falla de la Administración fue la causa del daño anteriormente analizado, pues de no haberse presentado la actuación irregular de un agente suyo no se habría producido el deceso de José Cosme Quintero Gómez y no se habría ocasionado el perjuicio por el que los actores reclaman indemnización.

"IV. Como la parte demandada estuvo representada a lo largo del proceso por apoderada laboralmente vinculada a ella como funcionaria pública y como, de otra parte, no hubo prácticas de pruebas a su cargo que le generaran gastos procesales, no habría lugar a condenar parcialmente, en costos a la parte actora." (folios 91A - 100, C.1).

II- CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. La sentencia consultada será confirmada, aunque con algunos ajustes de alcance económico, por las razones que más adelánte se precisarán.

En el caso *sub-examine* quedó bien probada la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica el *ad-quem* hace suya la valoración probatoria que hizo el tribunal y toma también apoyo en el fallo disciplinario, proferido por la Procuraduría

Delegada de la Policía Nacional, calendado el día ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa (1990), en el cual se sanciona con SOLICITUD DE DESTITUCION (Separación absoluta de la Policía Nacional), al agente JUAN RODRIGUEZ CRUZ, como responsable de la muerte del señor JOSE COSME QUINTERO GOMEZ. De los considerandos de tal providencia la Sala destaca el siguiente aparte:

> "GERMAN CUBILLOS Y CAMPO NORBEIRO CAICEDO dan solidez del contenido de la queja, conformando plena prueba respecto de que el agente inculpado esgrimía su arma cuando el grupo de inermes jóvenes llegó al lugar donde se realizó la requisa. Arma que minutos después se accionó innecesariamente en una evidente extralimitación en el uso de sus atribuciones.
>
> "Con el recurso de reposición presentado en nombre de su poderdante, el profesional del derecho allegó varios documentos, entre ellos copia al carbón de la providencia emanada del H. Tribunal Penal Militar, por medio de la cual se confirma la sentencia absolutoria proferida por los señores Vocales del Consejo de Guerra Verbal, en favor del Agente JUAN RODRIGUEZ CRUZ y por los mismos hechos de que trata este proceso disciplinario. Sabido es que las dos investigaciones, esto es la penal y la disciplinaria pueden adelantarse paralela y coetaneamente, pero independiente la una de la otra. Ello significa que no necesarimanete el fallo de la una debe incidir en el de la otra y viceversa. Puede llegarse conclusiones bien distintas y ello es obvio si consideramos que lo que se pretende probar en cada una de ellas es absolutamente diferente. En el caso presente, por ejemplo, la jurisdicción penal absolvió al sindicado seguramente después de un agotado estudio sobre la intencionalidad de su comportamiento. Pero disciplinariamente el debate es otro. En el pliego de cargos se le imputó al agente inculpado haber disparado su arma de dotación y esa es una verdad que no ha podido ser desvirtuada, no obstante los testimonios recepcionados a raíz de la presentación de los descargos, que en verdad resultan un tanto sospechosos a la luz de la sana crítica.
>
> "Doña TERESA HERRERA, por ejemplo, refiere un hecho que de haber tenido real ocurrencia, hubiera sido reiteradamente mencionado por el inculpado y su compañero, explotándolo al máximo en procura de su defensa. He aquí las palabras de la testigo respecto de la posición del agente en el momento del incidente: "El policía se encontraba tirado en el suelo y los señores forcejeaban sobre él a quitarle el revólver". El inculpado en momento alguno hace referencia a esa circunstancia, como tampoco lo hace su compañero CORDOBA MOYA, a su vez resulta también con otra versión difícil de creer, pues de haberse presentado un incidente serio, difícilmente hubiera podido apreciar él lo que asegura haber visto en detalle, como es que después de invitar a los señores a que se prestaran para una requisa, éstos se abalanzaron contra su compañero buscando quitarle el arma en el forcejeo "uno de ellos le metió el dedo al gatillo, que fue disparado por el sujeto..." Es bastante inverosimil esta versión que, por lo demás, de haber ocurrido como la relata, difícilmente hubiera podido ser apreciada por cualquier persona.

"Los cargos, pues, no lograron ser desvanecidos, y consecuencialmente, ameritan la aplicación de sanción disciplinaria, drástica además, como se verá a continuación". (fl. 103-105, C.1).

La Sala se encuentra frente a un caso más, de los muchos que suelen presentarse, en que la fuerza pública se excede en el manejo y control de los pequeños casos de policía que tiene que atender. Ninguno de los jóvenes que eran requisados portaba arma de fuego, ninguno agredió a la Policía en forma que pueda calificarse de grave. Sinembargo, el agente JUAN RODRIGUEZ CRUZ, armado con fusil y revólver, optó por disparar contra el occiso, sin causa, motivo o razón. Y se afirma esto, porque las circunstancias demostradas a lo largo de presente proceso, y también del disciplinario que adelantó la Procuraduría Delegada de la Policía Nacional, permiten llegar fácilmente a tal conclusión. Las fuerzas del orden se suponen preparadas y educadas para controlar el orden público sin tener que acudir a excesos como los que ahora se deploran. Los que infringen la ley deben ser sometidos en la forma más razonable posible, trantado de evitar, hasta el exceso, el uso de las armas. La ley y los reglamentos de la policia señalan, en forma muy precisa, en qué casos puede darse la legitima defensa. Esta es lícita, pero tiene contornos muy claros. Ella no se puede desnaturalizar permitiendole al delicuente que trate de excusar su conducta censurable acudiendo al expediente de la mentira para borrar la realidad fáctica. En esta oportunidad la Sala reitera la filosofía que ha recogido en muchos fallos en los cuales ha predicado:

La administración, cualquiera que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo **SAGRADO** e **INVIOLABLE**, la dignidad de la persona humana, que es fundamento del orden político y de la paz social. El Estado puede utilizar, con toda energía, dentro de los limites impuestos por el **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**, todos los medios de que dispone para impedir que el hombre realice conductas antijuridicas, pero no tiene el poder de segar la vida humana, ni de torturar al hombre. La autoridad no es, en su contenido social, UNA FUERZA FISICA. Los integrantes de la fuerza policiva deben actuar siempre con la especial consideración que demanda la persona humana, pues como lo dijera Tomás y Valiente, al terminar una conferencia sobre la tortura judicial en la Universidad de Salamanca, en 1971, no hay nada en la creación mas importante que el hombre, que todo hombre que cualquier hombre.

B) Los demandantes acreditaron, en legal forma, estar legitimados por activa. Por ello el ad-quem encuentra de recibo, y patrocina las condenas que por perjuicios morales hizo el sentenciador de instancia en favor de OBDULIO QUINTERO LOPEZ y ANATOLIA GOMEZ DE QUINTERO (padres), por un mil gramos de oro para cada uno. Igualmente, la que favorece a ANA HIMELDA, LUIS ALFREDO, HECTOR ALONSO, OBDULIO, y NOE QUINTERO GOMEZ (hermanos), por quinientos gramos de oro (500) para cada uno, pues en tales grados de parentesco de presume el afecto. Se revocará, en cambio, la condena que por PERJUICIOS MATERIALES se hizo en favor del señor OBDULIO QUINTERO LOPEZ, pues el documento que sirvió de apoyo al fallador de instancia no reune los requisitos exigidos

por el artículo 277 del C. de P. Civil, pues su contenido no fue ratificado en la forma dispuesta por la ley.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

1o) CONFIRMANSE los numerales primero (1o), segundo (2o), tercero (3o), quinto (5o), sexto (6o), séptimo (7o) y octavo (8o) de la sentencia calendada el día once de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso del rubro;

2) REVOCASE el numeral cuarto (4o) de la misma sentencia, el cual quedará así: Deniégase la condena al pago de perjuicios materiales hecha en favor del señor OBDULIO QUINTERO LOPEZ, por las razones dadas en los considerandos de este fallo.

3) Expídanse las copias de la sentencia con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

4) Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

NULIDAD PROCESAL -Improcedencia/PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD/ CONCILIACION

El régimen de las nulidades procesales, imperante en el derecho colombiano, tiene fundamento en el principio de la taxatividad. Así las cosas, la pretermisión de la convocación a audiencia para que la parte y el juzgador intenten conciliación de las diferencias, materia de la litis, no se encuentra enlistada como circunstancia de anulación de lo actuado, por lo que el juzgador no puede declarar la ineficacia de la actuación subsiguiente en virtud de dicha omisión.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y dos

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Ref: EXPEDIENTE No.7760 Actor: SOCIEDAD SEGUROS ALFA S.A

Entra a decidir la Sala el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía 11 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, contra el auto de fecha 25 de junio dde 1.992, proferido por la Sección Tercera de dicha autoridad judicial, mediante el cual dispuso:

" Negar la nulidad propuesta", a instancia del mencionado Agente del MInisterio Público, quien entiende que al no señalar se fecha para llevar a cabo la audiencia de concilaciación precista por el decreto 2651 de 1.991, se ha alterado seriamente la actuación procesal hasta el punto de generar nulidad de lo actuado posterioridad .

Aunque la providencia objeto del recurso no es muy explícita en cuanto a las razones que el Tribunal tuvo para rechazar la pretensa nulidad, la Sala la confimará, por la elemental razón de que el régimen de nulidades procesales, imperante en derecho Colombiano, tiene como fundamento el principio de la Taxitividad, aspecto que se resalta por el actual artículo 140 del C.P.C, como también antes lo hacia el artículo 152 de dicho estatuto, al emplear la expresión de que el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente, en las circunstancias allí anotadas.

Asi las cosas, la pretermisión de la convocación a audiencia para que la parte y el juzgador intenten conciliacieon de las diferencias, materia de la litis, no se encuentra enlistada como circunstancia de anulación de lo actuado , por lo que entonces, el juzgador no puede declarar la ineficacia de la actuación subsiguiente en virtud de dicha omisión.

Por último, observa la Sala que analizado en su conjunto el Decreto 2651 de 1991, el jusgador de primera instancia, una vez agotada la eatpa probatoria, deberá intentar la conciliación allí prevista, pero sin que ello permita concluir que la omisión de dicho paso procesal llegue a generar nulidad de la actuación procesal subsiguiente.

Por lo expuesto, la Sala Resuelve:

Confirmase el auto apelado, esto es el de fecha 21 de junio de 1992.

Copiese, Notifiquese y Devuelvase.

Esta provedencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo (salvó voto); Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

NULIDAD PROCESAL/PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD/CONCILIACION (Salvamento de voto).

Si bien es cierto el régimen de las nulidades procesales está gobernada en Colombia por el principio de la taxatividad, no es menos cierto que el Decreto 2651 de 1991 (estatuto posterior que no pudo tener en cuenta el indicado código) al introducir en las acciones de obligatoria y no voluntaria dentro del proceso ordinario con miras a la descongestión de los despachos, su pretermisión borra la posibilidad de acuerdo y desconoce la normatividad procesal creada a ese respecto que es de forzosa aplicación para el juez y de obligado acatamiento para las partes. Estimo que el no acatamiento para las partes. Estimo que el no acatamiento de ese mandato cambia el procedimiento que debe seguirse en esta clase de acciones y afecta la nulidad del proceso, incluso creo que vencido el período probatorio en estos procesos se entienden suspendidos hasta tanto se cumpla esa etapa de conciliación.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C Noviembre 6 de 1992

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

REF: Expediente No. 7760. Actor: Sociedad Seguro Alfa S.A.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria.

Si bien es cierto el regimeen de la nulidades prodesales estea gobernada en Colombia por el prioncipio de lataxavilidad que resulta el artículo 140 del C. de P.C. no es menos cierto que el decreto 2651 de 1.991 (Estatuto posterior que no pudo

tener en cuenta el indicada código) al introducir en las acciones de reparación directa y contractuales una etapa conciliatoria y no voluntaria dentro del proceso ordinario (habrá por lo menos una oprtunidad de conciliación , dice el artículo 6 del último decreto) con miras a la descongestión de los despachos, su preterminación borra la posibilidad de acuerdo y desconoce la normatividad procesal creada a ese respecto que es de forzosa aplacaieon aplicaciópn para el juez y de obligado acatamiento para las partes.

Estimo que el acatamiento de ese mandato cambia el procedimiento que debe seguirse en esta clase de acciones y afecta de nulidad el proceso con opoyo en la causal 4 del artículo 140 del C. de P.C incluso creo vencido el periodo probatorio en estos procesos se entienden suspendidos hasta se cumpla esa etapa de conciliación. Etapa que no sólo serea importante si se da el acuerdo, por que el caso servira para calificar indirectamente la conducta procesal de las partes.

Con todo respeto

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

COMPETENCIA POR CUANTIA/CUANTIA -Determinación/**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA**

Al exigir estimación razonada de la cuantía el numeral 6º del articulo 137 del C.C.A., lo que se busca es delimitar, por una parte los extremos objetivos de la litis y, por otra deducir el juez a quien resulte competente para conocer del asunto. Ahora se precisa que no puede olvidarse el principio de la congruencia como marco de todo fallo judicial el cual está dado precisamente por esos razonamientos justificantes de la cuantía, que la parte actora debe esgrimir para individualizar sus pretensiones de contenido económico.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

REF.: EXPEDIENTE No. 7799. ACTOR: Israel Rueda Mirada.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación intentado por la parte actora contra el auto 14 de agosto de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante el cual dispuso.

"1. INADMITIR la demanda de la referencia.

"2. Ordenar la devolución de los anexos sin necesidad de desglose".

Para arribar a la determinación que se acaba de transcribir, el *a-quo* resalta que por auto de 26 de junio de 1992, se concedió a la demandante, cinco (5) dias para que estimara razonadamente la cuantía según el artículo 137 Numeral 6 del C.C.A. y artículo 20 Numeral 1 del C. de P.C lo mismo para que indicara los fundamentos de derecho de sus pretensiones, o sea las normativas de orden legal aplicables al caso.

Recalca el Tribunal que dentro del término señalado al efecto la parte actora allegó memorial pretendiendo subsanar los efectos anotados en auto de 26 de junio de 1.992, sin que lograra satisfacer integralmente lo relacionado con la estimación razonada de la cuantía, " habia cuenta que el libelista simplemente se limita a decir que estimaba la cuantía en $ 10.000.000 sin haber cumplido con la obligación de espresar las razones o argumentos en que se fundamentó para señalar dicho guarismo."

Remata el Tribunal interpretando el Numeral 6 del artículo 137 del C.C.A, para poner de presente que con la estimación razonada de la cuantía se busca impedir la determinación caprichosa de la misma y por contera de la competencia, dado que la voluntad del actor no podrá condicionar la instancia o instancias en que se tramite el proceso, pues este aspecto es del resorte exclusivo del legislador . Transcribe la parte pertinente del auto de esta Sala de marzo 13 de 1986 con ponencia del Consejero Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo, para respaldar sus apreciaciones.

El señor apoderado de la parte actora, con su memorial visible a folios 21 a 23, recurre en apleación del auto inadmisorio y en sísntesis hace consistir sus puntos de vista, discordantes con los del tribunal en lo suguiente:

Que dentro del término señalado por el Tribunal, indicó el monto que considera en valor superior a $ 10.000.000 determinante del factor cuantia, la cual se deducía inicialmente al hacer interpretación global de la demanda, dado que en las pretensiones de término el monto de mil (1.000) gramos de oro a título de perjuicios morales más conceptos abstractos por lucro cesante y daño emergente; que cualquier deficiencia en tales razonamientos son aspectos puramente formales que se sobre pone con una sana interpretacion de lo que se demanda, labor esta que le corresponde al juzgador quien no debe estar apegado al tenor literal de las palabras, sino que debe emplear todos sus poderes en aras de una eficiente administración de justicia como lo establece la nueva Carta Politica al señalar que deberá prevalecer lo sustancial sobre lo meramente formal.

Para resolver, la Sala considera:

1o. Entre los factores determinantes de la competencia del juzgador y de la vocación para que los procesos se desaten en una o dos instancias, tradicionalmente las leyes procedimentales asignan primordial importancia al factor cuantía. Es así como el articulo 20 del C de P.C. y los articulos 128,129,131,132,133 y 137 N.6 C.C.A, entre otras normativas, precisan guarismos y circustancias que la determinan para circunscribir la competencia del juzgador administrativo por el referido al factor cuantía.

2o. Le asiste razón al *a-quo* cuando entiende que el Nr. 6 del artículo 137 del C.C.A. busca impedir que los demandantes fijen caprichosamente las cuantías, desde luego que al actuar de esa manera lograrían, a su arbitrio, en algunos casos escoger sus jueces y, en otros, también a su talante, radicarían en única o en dos

instancias los procesos, todo lo cual resulta repugnante a la lógica elemental y a la noción de orden público que caracteriza las normas procedimentales.

3o. Al exigir estimación razonada de la cuantía, el numeral 6 del artículo 137 del C.C.A., como ya se ha dicho por esta Sala en varias oportunidades, lo que se busca es delimitar, por una parte los extremos objetivos de la litis y, por otra deducir el juez a quién resulte competente para conocer del asunto. Ahora se precisa que no puede olvidarse el principio de la congruencia como marco de todo fallo judicial el cual está dado precisamente por esos razonamientos justificantes de la cuantía, que la parte actora debe esgrimir para individualizar sus pretensiones de contenido económico.

4o. La rebeldía que presentan cierto litigantes al no acatar la invitación que el Juez hace *ab-initio* para que subsanen los defectos formales que observa concretamente, desemboca en decisiones fatales como la que es materia de apelación. Pero esta tiene razón de ser en el deber de dirección, corrección y saneamiento que recomienda el derecho procesal moderno como técnica provechosa para poder dictar sentencias de mérito que torne efectivos los derechos sustanciales.

Cabe afirmar que la parte actora al no cumplir con la carga procesal de "estimar razonadamente" la cuantía de sus pretensiones, se ve sometida a la consecuencia desfavorable impuesta por el a-quo, esto es, que su demanda sea inadmitida.

Por lo expuesto, la Sala RESUELVE:

CONFIRMASE el auto apelado, esto es el de 14 de agosto de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

PERJUICIOS A LESIONADOS/LEGITIMACION POR ACTIVA/SUCESION PROCESAL/HEREDERO/PODER ESPECIAL

La violación del derecho cuya indemnización reclama no la sufrieron directamente sino que la heredaron de su madre. En otras palabras, si el perjuicio le fue causado en vida a la señora, por la omisión de la administración sólo a título de herencia adquirieron la legitimación para formular la pretensión indemnizatoria en el proceso de la referencia. En otras palabras, porque cuando la mencionada señora murió ya estaba radicado en su patrimonio el derecho a pedir la indemnización por hechos u omisiones de la nación. Cuando se demanda como aquí se hizo no tienen que concurrir todos los herederos para que se entienda que los intervinientes hablan para la sucesión. Entendimiento que no se produce por pasiva porque en este evento para demandar a una sucesión habrá que citarlos a todos a juicio, so pena de que falle el presupuesto parte demandada.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá D. C., treinta (30) de Octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

REF: EXPEDIENTE No.7016. ACTOR: RODRIGO ZAMBRANO VEJARANO Y OTROS

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 15 de agosto de 1991, dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Pretensiones que aparecen formuladas en la demanda presentada el 29 de abril de 1988, de la siguiente manera:

"PRIMERA.- Que la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional es responsable de los daños y perjuicios causados a mi poderdante por su omisión al no cumplir con el deber constitucional de protegerlo en su vida, honra y bienes".

"SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la Nación-Ministerio de Defensa -Policía Nacional a pagar a Lola Zambrano de De Francisco, Rodrigo Zambrano Vejarano, Diego Zambrano Vejarano y Sebastián Zambrano Vejarano en calidad de herederos de Doña Lía Vejarano de Zambrano, todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales que se le ocasionaron por el hurto del ganado y por el abandono forzoso de sus predios como consecuencia de la falta de protección de la Fuerza Pública solicitada oportunamente, de acuerdo a la siguiente liquidación:

"Perjuicios Morales"

"El equivalente en pesos colombianos de un mil (1.000) gramos de oro puro a la fecha que se reconozcan, repartido proporcionalmente entre mis poderdantes, dado el profundo trauma psíquico sufrido por su Señora Madre, Doña Lía Vejarano de Zambrano, al verse despojada injustamente de los únicos bienes que le sirvieron para su subsistencia y manutención así como la afectación a su buen nombre por no poder cumplir la obligación contraída con la Caja de Crédito Agrario y Minero".

"Perjuicios Materiales:

"a) Daño Emergente: La suma de 6.600.000 a razón de $75.000.00 por cada res hurtada. Valores que corresponden al momento de ocurrido el daño. Igualmente los gastos que se ocasionen por conceptos de diligencias judiciales, honorarios de abogado, etc. Estos pagos se harán en pesos que tengan el mismo poder adquisitivo que los de la fecha en que se causaron los daños y perjuicios, o sea, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor."

"b) Lucro Cesante: La suma de 10.000.000 de pesos, por la imposibilidad de explotar económicamente en forma adecuada y racional los predios relacionados y que estaban dedicados a la actividad ganadera desde la fecha del daño y hasta cuando se pudo reiniciar la actividad económica o la cantidad que resultare probada, tasada mediante dictamen pericial."

"c) Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor desde la fecha de la sentencia hasta su cumplimiento."

"TERCERA.- La Nación Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los treinta días siguientes contados a partir de la ejecutoria de la misma."

Como hechos se narraron, en síntesis:

1) Que la señora Lía Vejarano de Zambrano era poseedora material e inscrita de los inmuebles que se deslindan en los literales a) a g) del hecho primero de la demanda (a folios 52 y ss).

2) Que la mencionada señora falleció el 27 de julio de 1986, adelantándose a la fecha el juicio sucesorio ante el juzgado primero de Popayán. En dicho juicio se reconoció a los aquí demandantes como herederos.

3) Que los inmuebles estaban administrados por el señor Rodrigo Zambrano V;- Administración que se vió entorpecida desde 1984 por permanentes incursiones de la FARC, tal como lo narró la prensa nacional (hecho 4).

4) Que por carta de 28 de octubre de 1986 el señor Vicente Lehmam informó al gobernador de la situación a la región del Valle de las Papas, corregimiento de Valencia (Municipio San Sebastián, Cauca).

5) Que ante esa situación que venía crítica desde 1984 la asamblea del Cauca, mediante ordenanza 31 de 1985, ordenó al gobierno departamental para que creara un puesto de policía en Porvenir entrada del Valle de la Papas.

6) Que a comienzos de abril de 1986, la FARC le impidió al señor Juan Manuel Zambrano el acceso a las fincas que administraba y en días anteriores hacen lo mismo con otros miembros de la familia, exigiéndoles "una contribución" de $2.000.000 e informándoles de la "confiscación" de 153 cabezas de ganado.

7) Que por boca del señor Rodrigo Zambrano se le informó al gobernador de tales hechos y se le pidió la instalación de un puesto de policía en la zona. Igualmente se le pidió protección al comandante del Batallón José Hilario López y a la policía nacional.

8) Que ante la negativa del señor Zambrano a dejarse extorsionar, fueron hurtadas las demás reses de la finca, entre las cuales estaban 88 novillas gordas de Doña Lía Vejarano de Zambrano; hurto ocurrido entre el 24 de abril y el 21 de mayo de 1986, como pudo constatarse el día siguiente.

9) Que se pidió de nuevo protección ante tales hechos y hubo de solicitarse moratoria de obligación que Doña Lía tenía en la Caja Agraria.

10) Que pese a la insistencia de los particulares y de la familia Zambrano V. sólo en el mes de octubre de 1986 se creó el puesto de policía en la región del Valle de las Papas, el que vino a restablecer el imperio de la ley en la región,

11) Que la señora Lía Vejarano de Zambrano y ahora los herederos, sufrieron la perdida de 84 cabezas de ganado gordo "y el abandono que de los predios debieron hacer a partir del hurto y hasta cuando pudieron reiniciar la explotación económica (octubre de 1986, hecho 14 en la enumeración del libelo).

El tribunal, luego del trámite de la instancia, denegó las súplicas de la demanda, por cuanto "los demandantes no eran las personas a las cuales la ley otorgaba el derecho para postular las pretenciones procesales contenidas en la demanda solicitadas a su favor y, por tanto carecen de legitimación en la causa por activa para promover la acción materia del litigio y se impone una sentencia adversa a sus pretensiones por falta de ese presupuesto o condición necesaria para su éxito. Esta sentencia implica en el fondo una decisión sobre el derecho pretendido, no para negar su existencia, sino para desconocer sus alcances en este proceso frente a los demandantes."

En otras palabras, consideró el *a-quo* que debió demandarse para la sucesión de la señora Lía Vejarano de Zambrano y no para los herederos en nombre propio, porque sólo aquella tenía legimitación en la causa por activa.

Descontenta la parte actora con la denegación hecha, apeló; y sustentó su recurso en escrito que obra a folios 171 y ss. Allí insiste en que debió interpretarse la demanda, pues es claro que cuando alguien acciona como heredero lo está haciendo en función de una sucesión y para ésta.

Cumplido el trámite propio de la segunda instancia; es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la nación, la sentencia merece ser confirmada, ya que la falta de legimitación en causa por activa estuvo bien definida. Además, arguye que si el ganado fue hurtado por los miembros de la Farc, como lo aceptó la misma demanda, se configuró en el proceso la causal de exculpación conocida como el hecho de tercero. Agrega que la obligación de construir los puestos de policía estaba a cargo del departamento, por mandatos ordenanzales claros y que debió demandarse a esta entidad.

El ministerio público guardó silencio en esta oportunidad.

Estima la sala que la sentenica del tribunal no merece acatamiento, en lo que respecta con la falta de legimitación. El manejo dado por el tribunal a este presupuesto de la sentencia de fondo no fue acertado ni se ajusta a la orientación jurisprudencial de la corporación ni a la doctrina procesal.

Debió el *a-quo* interpretar racionalmente tanto el memorial poder como la demanda para entender, sin lugar a equívocos, que los demandantes al pedir en su ca-

rácter de herederos de la señora Lía Vejarano de Zambrano, estaban demandando para la sucesión de ésta, de la cual eran los causahabientes de un derecho que dicha señora tenía en su patrimonio.

Tiene su lógica el carácter alegado por los poderdantes en el presente caso, porque la violación del derecho cuya indemnización reclaman no la sufrieron directamente sino que la heredaron de su madre. En otras palabras, si el perjuicio le fue causado en vida a la señora Lía Vejarano de Zambrano, por la omisión de la administración, solo a título de herencia adquirieron la legitimación para formular la pretensión indemnizatoria en el proceso de la referencia. En otras palabras, porque cuando la mencionada señora murió ya estaba radicado en su patrimonio el derecho a pedir la indemnización por hechos u omisión es de la Nación.

Según el poder y la demanda los herederos demandantes son los señores Lola Zambrano de De Francisco y Rodrigo, Diego y Sebastián Zambrano Vejarano. No importa que la señora de De Francisco no haya firmado el poder, porque cuando se demanda como aquí se hizo no tienen que concurrir todos los herederos para que se entienda que los intervenientes hablan para la sucesión. Entendimiento que no se produce por pasiva, porque en este evento para demandar a una sucesión habrá que citarlos a todos a juicio, so pena de que falle el presupuesto parte demandada.

Se comprobó, por lo demás que los demandantes eran los herederos reconocidos dentro de la sucesión de la señora Vejarano , tal como se desprende del certificado del señor Juez Primero Civil del Circuito de Popayán que obra a folios 14 del expediente.

De acuerdo con lo precedente se concluye que la parte actora sí esta legitimada por activa y que este pronunciamiento podrá ser de fondo. Pero, por serios vacíos de orden probatorio no podrá ser sino denegatorio de las pretensiones. Vacíos que la Sala no alcanza a entender porque se produjeron, ya que pidieron pruebas oportunamente y se decretaron también en tiempo. Pero solo fueron practicadas unas pocas y nadie reclamó ni dijo nada.

En estas condiciones el auto de 23 de junio de 1989 que las decreta (a folios 91 y ss) quedó como simple letra muerta. La parte demandante guardó silencio sobre ese decreto de pruebas y ni siguiera obra en el expediente la constancia de que los exhortos y oficios se hubieran expedido y remitido a las oficinas destinatarias.

Tampoco se recepcionaron los testimonios pedidos, y decretados en los numerales 3 y 6 del proveído citado.

Pero impresiona más que le señor apoderado no hubiera insistido en su práctica y sólo se haya preocupado por la práctica de un dictamen pericial con un cuestionario sin sentido para lo que se buscaba que nada tenía que ver con los hechos fundamentales de la demanda (francamente impertinente) y que dió por resultado un experticio por fuera de los propósitos del litigio, que parece la narración de una inspección

judicial. A este respecto puede verse ese cuestionario (a folios 96) y el dictamen correspondiente (a folios 121 y ss).

Son tan protuberantes los vacíos probatorios que la sentencia no tendrá otra salida que la de denegar las súplicas de la demanda con apoyo en el principio de la carga de la prueba (los actores corren, en virtud de este principio, con las consecuencias de la falta de certeza).

Para corroborar este aserto, basta leer el siguiente recuento de la realidad probatoría que muestra el expediente :

a) No se demostró que la señora Lía Vejarano de Zambrano era en la época en que ocurrieron los hechos narrados en la demanda como constitutivos de falla del servicio (las omisiones), la poseedora material de los predios deslindados en el hecho primero de la misma. No basta afirmar esa posesión material. Ninguna prueba se practicó a ese respecto; y la testimonial que había podido utilizarse se dejó sin evacuar.

Tampoco se probó la propiedad. Al respecto no aparece por parte alguna al certificado de la Oficina de registro correspondiente.

b) No existe prueba alguna que establezca que el señor Rodrigo Zambrano V. era el administrador de las fincas de Doña Lía. Es ésta una afirmación sin respaldo alguno. Como tampoco se acreditó que esa administración se vió en torpecida por la Farc desde 1984.

c) No se probó que las fincas tuvieron que abandonarse desde principios de 1986 y que la producción de las mismas se estancó. Estos que no son hechos notorios pudieron probarse fácilmente con declaración de testigos, pero nadie fue llamado a declarar.

d) No se demostró el hurto de las reses (153 ?, 88?, 84?, 74?, 71?). Para el efecto no es suficiente la denuncia penal, porque ésta no es prueba idónea para probar la propiedad de los bienes que se dice fueron objeto del ilícito y menos su clase, calidad, edad y estado de las reces desaparecidas. Obviamente tampoco es prueba suficiente en contra de los delincuentes de la Farc.

Tampoco existe la prueba de la fecha en que se pacificó la región y pudieron los dueños regresar a la explotación de sus predios.

El recuento anterior, que podría multiplicarse por N, muestra que la parte actora no sólo no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía si quería sacar avante sus pretensiones, sino que quizás pensó que lo que la había sucedido constituía un hecho notorio. Así la sentencia del tribunal, aunque por razones de fondo, deberá confirmarse.

Por lo expuesto, el Consejo del Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase, aunque por razones diferentes, la sentencia de 15 de agosto de 1991, dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 29 de octubre de 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

JUICIO CIVIL DE POLICIA/AMPARO DE POSESION/CONTROL JURISDICCIONAL/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA

Debido a las modificaciones que introdujo la Ley 30 de 1988 en el parágrafo de su artículo 21 cuando estipula: "Son susceptibles de acciones contencioso administrativas las providencias proferidas por las autoridades de policía en relación con el amparo y perturbación de la posesión de bienes inmuebles rurales", se tiene que la jurisdicción contencioso administrativa controla los actos que siendo derivados de juicio de policía de carácter civil, estén situados en zonas rurales; así, los actos en estudio constituyen actos administrativos pasibles de control jurisdiccional, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C., doce de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

REF: Expediente No. 7570. Actor: ALFONSO LUGO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor, contra el auto de 21 de mayo de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el cual se tomaron las siguientes decisiones:

"Rechazar la anterior demanda por caducidad de la acción.

"Devolver al interesado los anexos sin necesidad de desglose." (fl. 69)

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda fué presentada ante el Tribunal Administrativo del Tolima el 13 de abril de 1992 en ejecución de la acción de reparación directa; en ella, se formularon entre otras, las siguientes pretensiones:

> "2.1. Declárase que la entidades territoriales demandadas -(DEPARTAMENTO DEL TOLIMA y MUNICIPIO DEL ESPINAL) - son solidariamente responsables de todos los perjuicios de orden moral y material causados al demandante, señor **ALFONSO LUGO**, con la injusta detención de que fue objeto en la cárcel del Circuito Judicial del Espinal, entre el quince (15) de marzo y el dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa (1990) en las circunstancias de las cuales se da cuenta en la causa petendi de esta demanda.
>
> "2.2. Condénase a las entidades demandadas a reconocer y pagar al demandante, a título de indemnización de perjuicios materiales la suma que se establezca pericialmente y que tentativamente se estima en la suma de dos millones de pesos ($2.000.000,00) moneda corriente; y a título de indemnización de los daños y perjuicios de orden moral, hasta el equivalente del valor de dos mil (2.000) gramos de oro fino, a la cotización que tuviere dicho metal precioso en la fecha del fallo definitivo.
>
> "2.3. Condénase a los doctores LISANDRO ENRITIZABAL a pagar al MUNICIPIO DEL ESPINAL y al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, en proporción a sus correspondientes responsabilidades, todos los perjuicios que les hubieren ocasionado con sus acciones y omisiones, que son los mismos que dichas entidades deberán pagar a mi mandante, en los precisos términos y con todas las formalidades establecidas en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A" (fls. 51 a 52).

Como fundamento de las pretensiones antes relacionadas el accionante mencionó los hechos que se pueden resumir así:

> "3.1. Con fecha 6 de mayo de 1987, el señor Alcalde Municipal del Espinal decidió una querella civil ordinaria de policía en contra de mi representado, el señor ALFONSO LUGO, y en contra de su demandante, el señor JOSE ANTONIO CAYCEDO GUZMAN.
>
> "3.2. El fallo policivo que lo declaró perturbador de la posesión del demandante sobre un inmueble ubicado en la fracción rural de San Francisco, Corregimiento de Chicoral, fue ostensiblemente contrario a la providencia del 26 de agosto de 1986, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito del Espinal, mediante el cual se sobreseyó definitivamente en favor del señor Lugo con los siguientes fundamentos que se toman literalmente de la providencia del Juzgado.

"....."

"3.3. Mediante una inspección judicial extraprocesal practicada el 26 de septiembre de 1991 por el señor Juez Segundo Civil del Circuito del Espinal (puesto que no hubo poder humano que hiciese respetar el derecho de petición tanto en la Alcaldía del Espinal, a cargo del doctor Orjuela Reyes antecesor del actual alcalde; como en el Ministerio de Justicia) - fue posible obtener los documentos que a continuación se relacionan y se explican:

"3.3.1. Fotocopia auténtica de la petición que presentó al Alcalde del Espinal el Abogado MARCO FIDEL CASTRO ENCISO, obrando como apoderado de JOSE ANTONIO CAYCEDO GUZMAN, para que se le aplicase a mi poderdante -ALFONSO LUGO, - el art. 226 del Código de Policía -(Sanción por reincidencia). Fue presentada el 29 de agosto de 1989. (Nótese desde ya que no se trataba de una nueva querella sino de la petición de una sanción. Por lo mismo operara en este caso la prevención contenida en el inciso final del artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 12 del Decreto-Ley 2304 de 1989).

"3.3.2. En tres (3) folios, fotocopia auténtica del fallo policivo presuntamente violado por el señor Alfonso Lugo. Tiene fecha del 6 de mayo de 1987 y fue suscrito por el doctor VICTOR HUGO RAMIREZ ORTEGON, como Alcalde Especial; y por la Doctora NOHORA CONSTANZA MEDINA OLMOS, como Secretaria de Gobierno Municipal. (Se le hicieron comentarios desde el punto consecutivo 3.1. al punto consecutivo 3.2.4.2.).

"3.3.3. En siete (7) oficios, fotocopia auténtica de la providencia del 16 de noviembre de 1989, mediante la cual el entonces Alcalde Municipal del Espinal, Doctor LISANDRO ENRIQUE ORJUELA REYES, abusando de su poder y sin haberse declarado impedido como era su deber, declaró infundada una petición de nulidad del abogado FELIX EDUARDO MARTINEZ RAMIREZ y dispuso hacer efectiva la sanción de arresto de sesenta (60 días, en la càrcel del Circuito Judicial, para el señor ALFONSO LUGO "por incumplimiento a lo ordenado en la resolución No. 012 de mayo 6 de 1987". Se ordenó la retención una vez ejecutoriada la providencia y se indicaron como procedentes los recursos de reposición y apelación. La providencia fue firmada también por el Doctor BENJAMIN RAMIREZ MONTEALEGRE, Secretario de Gobierno".

"....."

"3.3.5. En dos (2) folios, la providencia del 18 de diciembre de 1989, proferida por los mismos Doctores Orjuela Reyes y Ramírez Montealegre - Alcalde y Secretario de Gobierno, en su orden - mediante la cual se denegó el recurso de reposición y se concedió el de apelación, para ante el Director de Orden Público y Justicia del Departamento.

"....

"3.3.8. En un folio, fotocopia auténtica de la providencia del 13 de febrero de 1990, suscrita por el doctor JAIME DEBIA ARIZTIZABAL, Director de Orden Público y Justicia Departamental; y por la Secretaria de esa Dirección, la señora GLORIA LUGO DE LEAL, mediante la cual hubo INHIBICION con respecto del recurso de apelación interpuesto con carácter subsidiario contra la providencia de la Alcaldía del Espinal de fecha 16 de noviembre de 1989. (Véase el punto consecutivo 3.3.3). La falla del funcionario, por la cual se pide se le deduzca responsabilidad, consistió en aplicar ERRADAMENTE el artículo 496 del Código de Policía vigente en la época (Ordenanza 71 del 26 de diciembre de 1983, expedida por la Asamblea del Tolima, disposición que - relacionada con la del artículo 491, ibídem, establecía que contra las resoluciones por 'CONTRAVENCIONES GENERALES' solamente procedía el recurso de reposición. Pero es lo cierto que a mi poderdante, el señor ALFONSO LUGO, no se le procesó por una 'Contravención general', sino por una supuesta contravención 'especialísima' que solamente él la podía haber cometido, por tratarse de una prevención que únicamente a él lo afectaba.

"....

"3.3.14. En dos (2) folios la providencia del 18 de abril de 1990, suscrita por el ex-alcalde Orjuela Reyes y el Secretario de Gobierno (E) OSCAR ORLANDO BARRERO LEON, por medio de la cual (Y CUANDO YA EL PERJUICIO ESTABA CAUSADO) - se le concedió una rebaja de veinte (20) días al sancionado. Contine la notificación personal y la constancia de haberse librado la correspondiente boleta de libertad". (fls. 52 a 56).

2. El a-quo para tomar su decisión razonó en los siguientes términos:

"Si bien es cierto que el libelo demandatorio dice ejercitar la acción de Reparación Directa y Cumplimiento consagrada en el artículo 86 del C.C.A, reformado por el artículo 16 del Decreto Ley 2304 de 1989, interpretando la demanda se concluye que se trata de una acción de restablecimiento de derecho, por cuanto el motivo de la reclamación fue la expedición de la providencia del 16 de noviembre de 1989 proferida por el Alcalde del Espinal mediante la cual dispuso hacer efectiva al señor Alfono Lugo la sanción de arresto de sesenta (60) días y el proveído del 13 de febrero de 1990 expedido por el Director de Orden Público y Justicia Departamental, mediante el cual se inhibió de conocer de la querella, actos que fueron los que a la postre causaron los daños que mediante esta acción se pretende obtener su resarcimiento.

"El H. Consejo de Estado ha sostenido que cuando los presuntos perjuicios sufridos por el actor fueron como consecuencia de la ejecución de un acto administrativo, lo precedente es ejercitar la acción de restablecimiento del derecho de la cual debe hacerce uso dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación o ejecución del acto". (fl. 66).

Enuncia también el Tribunal apartes de la sentencia de esta Corporación de 9 de mayo de 1978, Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis, Actor: Ramón Cristobal Villegas; de ella la Sala destaca:

"Cuando el acto es impersonal u objetivo, la solicitud de anulación, única que tiene cabida, se puede ejercitar en cualquier tiempo; pero es cuando es personal o subjetivo, la persona que se estime afectada debe pedir, además de la anulación, que le restablezca en el derecho. Son estas dos solicitudes inseparables, no solo porque una depende de la otra sino también porque conjuntamente configuran una acción: la acción que denomina ' de plena jurisdicción' los manuales de derecho administrativo y que por se una no puede desvertebrarse. Por la presunción de legalidad que ampara los actos, esa presunción es una barrera que es preciso eliminar para llegar al restablecimiento del derecho. La anulación es el puente imprescindible, el conducto que es necesario utilizar para llegar a la reparación del perjuicio. Pero el Código Procesal que rige esta materia, inspirado como está por la suprema razón del orden público que subordina todas las otras, así como impone la formulación simultánea de las dos súplicas, señala un término preciso dentro del cual debe ejercitarse la acción. Ese término es el de los cuatro meses siguientes a la publicación, notificación y ejecución del acto. Aceptar que una de esas súplicas se puede formular hoy la otra en cualquier tiempo no dejaría de constituir una socaliña a la Ley y el consagrar como institución un abuso del derecho." (fl. 67).

Por último, hace el cómuto del término de caducidad de la siguiente manera:

"Pues bien, del contexto de la demanda, se desprende que los perjuicios que se reclaman fueron ocasionados con motivo del cumplimiento de la providencia del 16 de noviembre de 1989 proferida por el Alcalde del Espinal y del auto del 13 de febrero de 1990 expedido por el Director de Orden Público y Justicia Departamental". (fl. 68).

".....

"Como no puede haber discusión en cuanto a la clase de acción que se debió intentar, esto es, la de restablecimiento del derecho, es indudable que la demanda ha debido instaurarse dentro del término de cuatro meses a partir de la fecha que se ejecutó el acto administrativo que provocó los perjuicios que se pretender hacer efectivos mediante esta acción.

"Ahora bien, como (sic) demanda fue presentada el 13 de abril del año en curso, es decir, más de dos años de haberse proferido la última providencia causante del perjuicio, es imperioso deducir que se configuró el fenómeno de la caducidad de la acción de acuerdo con lo establecido en el artículo 136 del C.C.A.". (fl. 69).

EL RECURSO

El apoderado del actor dentro del término legal hizo uso del recurso de apelación con el fín de que la providencia impugna fuese revocada; la sustentación dice, en lo esencial:

"La demanda se presentó antes del vencimiento del término bienal de caducidad de las acciones de reparación directa, por cuanto no contiene ataques a supuestos actos administrativos de policía, puesto que estos no son objeto de justiciabilidad ante los estrados contencioso - administrativos. (articulo 82 - In fine - (12D/L. 2304/89) - del C.C.A.).

"Un preanunciado o 'alarma naranja' sobre la inminencia de la decisión que se está apelando ante el superior, se expresó en el punto consecutivo 3.3.1. (fl. 4) - de la demanda. Por su importancia, se transcribe a continuación destacando con mayúsculas y subrayas en esta oportunidad el paréntesis final:

"'3.3.1 Fotocopia autentica de la petición que presentó al Alcalde del Espinal el abogado **MARCO FIDEL CASTRO ENCISO**, obrando como apoderado de **JOSE ANTONIO CAYCEDO GUZMAN**, para que se le aplicase a mi poderdante -**ALFONSO LUGO** - el Art. 226 del Código de Policía - (Sanción por reincidencia) -. Fue presentada el 29 de agosto de 1989. (**NOTESE DESDE YA QUE NO SE TRATABA DE UNA NUEVA QUERELLA, SINO DE LA PETICION DE UNA SANCION. POR LO MISMO NO OPERABA EN ESTE CASO LA PREVENCION CONTENIDA EN EL INCISO FINAL DEL ARTICULO 82 DEL C.C.A., MODIFICADO POR EL ARTICULO 12 DEL DECRETO LEY 2304 DE 1989**).'

"No hay, pues, no puede haber, caducidad en razón de que jamás se pensó en una acción de restablecimiento del derecho con la premisa de actos administrativos anulables. Fueron vías de hecho con apariencias legales las que, por fuera de una querella de, policía finiquitaba, dieron lugar a la presente acción indemnizatoria.

"....."

"Por su parte, este término se contó desde el día en que terminó el arbitrario encarcelamiento del demandante. De tal manera que la demanda no se presta para interpretaciones apriorísticas como las que estiló (sic) el Tribunal a-quo para rechazarla, porque ni se cuestionó un acto o una serie de actos administrativos, ni los había para someterlos al control de legalidad.

"La querella civil ordinaria de policía había concluído desde el año de 1987; y tanto es así que el Doctor JOSE GENTIL PALACIOS URQUIZA, en su época de Alcalde Municipal del Espinal, decretó una nulidad y se abstuvo de aplicar

una penalidad prescrita al señor Lugo. Esto no fue tenido en mente por el demandado LISANDRO ENRIQUE ORJUELA REYES para obrar como obró, no por el agente departamental que hubiera podido enmendar el entuerto, pero que se abstuvo de considerar erradamente una apelación. La acción de uno y la omisión del otro, seguida del atrabiliario abuso de poder cometido físicamente con el demandante, el privarlo de su libertad, determinar que - de una parte - esta jurisdicción si sea competente para conocer de la acción propuesta; y que ésta se deba tener como un elemental acierto del suscrito apoderado." (fls. 70 y 71).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La providencia impugnada deberá ser confirmada; a las razones del Tribunal se agregan las siguientes:

Con el Acto de 16 de noviembre de 1989 culmina un juicio de policía que es susceptible de control contencioso administrativo; ya que la providencia dictada en mayo 16 de 1987 estableció en su parte resolutiva, que la sanción para el señor Alfonso Lugo en caso de reincidencia en la perturbación posesoria de los terrenos de propiedad del señor José Antonio Caycedo, sería tramitada por el proceso abreviado previsto en el artículo 491 del Código de Policía del Tolima. De esta manera la petición realizada por el señor Marco Fidel Castro Enciso, el 29 de agosto de 1989, no es más que la solicitud de ejecución de la sanción contempada por la Resolución 012 de 1987, y el acto que resolvió la solicitud hace efectiva tal sanción. En consecuencia, con el acto de noviembre 16 de 1989, se le pone fin al juicio de policía que se tramitaba entre José Antonio Caycedo y Alfonso Lugo en la zona de la vereda de San Francisco, Municipio de Espinal. Este acto dirime así un nuevo conflicto interpartes relacionado con el derecho de propiedad cuya solución tiene un objetivo preventivo pues es realizada de manera temporal mientas se acude al órgano jurisdiccional; luego, todas las medidas tendientes a que esa solución se haga efectiva hacen parte del mismo.

Ahora bien, en el auto de esta Corporación proferido el 3 de mayo de 1990, Expediente 5911. Actor: Noel Barragan, se dijo: ".....Lo hasta aquí afirmado es a todas luces concordante con los principios tutelares que guían nuestro Estado de Derecho, dentro de los cuales brilla aquel que afirma la separación de poderes públicos, y que incluye a la policía en la Rama Ejecutiva, llamada por tanto a proferir normalmente actos administrativos y en muy contadas excepciones a proferir sentencias judiciales...."; por tanto aunque de acuerdo con el inc. 3 del artículo 82 del C.C.A. se afirma: "La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía **regulados especialmente por la ley**" (subraya la Sala).

Sin embargo, debido a las modificaciones que introdujo la ley 30 de 1988 en el parágrafo de su artículo 21 cuando estipula: "...Son susceptibles de acciones conten-

cioso administrativas las providencias proferidas por las autoridades de policía en relación con el amparo y perturbación de la posesión de bienes inmuebles rurales.", se tiene que la jurisdicción contencioso administrativa controla los actos que siendo derivados de juicios de policía de carácter civil, estén situados en zonas rurales; así los actos en estudio constituyen actos administrativos pasibles de control jurisdiccional.

De otro lado, aunque la acción aquí incoada fue nominada por el actor como de reparación Directa, considera la Sala que como no se reúnen los presupuesto para esta clase de acción, pues como acertadamente razonó el Tribunal, ella está prevista para hechos, omisiones, operaciones y ocupaciones transitorias o permamentes de propiedad inmueble a causa de obra pública. Como en el caso en estudio se trata de un ACTO proferido en un juicio de policía sobre un bien inmueble ubicado en zona rural, este sólo es susceptible de acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Artículo 85 del C.C.A.); pues fueron las providencias de 16 de noviembre de 1989 del Alcalde del Espinal y de 13 de febero de 1990 de la Dirección General de Orden Público y Justicia de la Gobernación del Tolima las que, según los hechos de la demanda, causaron perjuicio al demandante.

Por último, como el término de caducidad de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es de 4 meses la Sala ratifica el cómputo realizado al respecto por el Tribunal.

Por lo expuesto, SE RESUELVE:

PRIMERO: Confírmase el auto de 21 de mayo de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima.

SEGUNDO: Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

EXPROPIACION/RECURSO DE APELACION -Improcedencia

La procedibilidad del recurso se segundo grado incoado en procesos de expropiación no debe buscarse y tampoco puede deducirse en textos diferentes a la Ley 135 de 1961 y las demás leyes que la modifican y adicionan, orientada en tal aspecto por el principio de taxatividad, incluida la remisión que hace el artículo 456 del C. de P.C. en lo concerniente a la apelación de las providencias que desatan la oposición de terceros a la diligencia de entrega. El auto que ordenó la entrega real y material del inmueble a la entidad expropiante, por no existir autorización expresa que lo haga legalmente viable, nos es pasible del recurso de apelación.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C. -cinco de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

REF.: EXPEDIENTE No. 7587. ACTOR: INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA - INCORA

Resuelve la Sala el Recurso de queja interpuesto por la parte demandada en contra del auto proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba, el 27 de mayo de 1992, en virtud del acual se abstuvo de conceder el recurso de apelación que aquella propuso respecto de la providencia del 7 de mayo del mismo año, mediante la cual ordenó proceder a la entrega real y definitiva del predio La Playa, ubicado en jurisdicción del Municipio de Montería.

Las razones que condujeron al a-quo a tomar la determinación materia de la impugnación, en esencia, obedecieron al hecho de hallarse cumplidos a cabalidad los tres requisitos exigidos para adoptar esa medida, según el artículo 456 inciso 1°

(Primero) del C. de P.C., es decir, hallarse debidamente ejecutoriada la sentencia que decreta la expropiación del fundo objeto material del proceso; encontrarse en firme la determinación hecha del monto de la indemnización y finalmente, haberse consignado su valor por parte de la entidad pública promotora del juicio.

El mandatario judicial de la parte demandada, inconforme con la decisión, apeló pidiendo revocarla, puesto que estima que aún no existe determinación de la indemnización, pues ella debe hacerse conforme a lo preceptuado en la ley 30 de 1988 y, además, porque hay lugar a declarar la nulidad de todo lo actuado desde el auto del 11 de agosto de 1988 (fls. 134 y 135); en ese acto, el Tribunal fijó la suma de $31.692.003.20, como el monto "que se debe pagar, en forma inmediata, por la actora, al demandado por concepto de indemnización de este asunto (fl. 182 del Anexo # 3).

El 27 de mayo de 1992, el Tribunal negó la alzada, luego de precisar que el auto que ordena la entrega del bien en los juicios de expropiación no es susceptible del recurso, pues no se contempla como tal en la enumeración contenida en los artículos 181 del C.C.A, 351 y 456 del C. de P.C.. Al efecto, consigna los siguientes planteamientos:

> "De acuerdo con el art. 181 del C.C.A, son apelables las sentencias de Primera instancia de los Tribunales Administrativos y los siguientes actos proferidos en la misma instancia por dichos organismos en pleno o una de sus salas, según el caso: el inadmisorio de la demanda; el que resuelve sobre la suspención provisional; el que ponga fin al proceso y el que resuelve sobre la liquidación de condenas.
>
> "Como puede observarse el auto recurrido se encuenta entre la enumeración hecha por esta norma.
>
> "Pero como la enumeración a que se refiere el art. 181 es meramente enunciativa, en virtud de lo dispuesto en el art. 267 del C.C.A, en los aspectos no comprendidos en este Código se seguirá el código de procedimiento civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y por ser compatible con él lo dispuesto en esta materia por el código de procedimiento civil, el Tribunal se remite a lo señalado en el artículo 351 en el cual hace una enumeración de las providencias que son susceptibles de apelación, dentro de las cuales tampoco se encuentra la providencia recurrida. Pero como el numeral 10 de dicho artículo señala que son apelables además las providencias expresamente señaladas en el código y por tratarse de un juicio de expropiación y por mandato expreso del art. 15 de la Ley de Reforma Agraria que expresamente señala que en lo no previsto en ella se aplicará para la entrega de los bienes las reglas del artículo 456 del C. de P. Civil. El art. 456 expresa la forma en que debe hacerse entrega y en caso de haber oposición y admitirse ésta, es apelable el auto que resuelva el incidente de la oposición.

"Acorde con lo expresado, contra el auto que ordena la entrega del bien expropiado, no procede el recurso de apelación, razón por la cual deberá ser denegado." (fls. 137 y 138 C. 1).

El mismo apoderado recurrió la decisión en reposición y en subsidio, solicitó que se le expidiera copia conjuntamente con las demás piezas pertinentes con el fin de promover el recurso de queja. El 30 de junio de 1992, el a-quo se pronunció en el sentido de mantener la providencia impugnada y como consecuencia necesaria ordenar expedir las copias pedidas para impetrar el recurso que aquí se decide.

Al hacer la sustentación, el recurrente aduce que la alzada es procedente de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 7º del artículo 351 del C. de P.C. La disposición invocada prevé que habrá recurso de apelación contra las providencias en que se resuelva sobre "un desestimiento, una transacción, la perención, el decreto o levantamiento de medidas cautelares o en las que por cualquier otra causa se ponga fín al proceso".

En el concepto que rindió el Agente del Ministerio Público, estima con apoyo en la misma normatividad que tuvo en cuenta el Tribunal que el recurso estuvo bien denegado y en tal virtud, solicita a esta Corporación que así lo declare.

Para resolver SE CONSIDERA:

La Sala confirmára el auto que denegó la apelación, en razón a que se ajusta a las disposiciones legales. En efecto:

El procedimiento que debe observarse en la expropiación de predios rurales para fines de reforma agraria, está contemplado en la Ley 135 de 1961, con las reformas a ella introducidas por las Leyes 1ª de 1968, 4ª de 1973 y 30 de 1988, que en ese aspecto conforman una legislación especial dentro de la normatividad jurídica del país.

El texto en referencia regula en su integridad la materia que se examina y lo hace en los siguientes términos:

"13. RECURSOS. Las providencias del proceso de expropiación son únicamente susceptibles del recurso de reposición, con excepción de la sentencia, del auto que deniegue la apertura a prueba o la práctica de alguna que haya sido pedida oportunamente y del auto que resuelva sobre la liquidación de condenas, que serán apelables ante el Consejo de Estado, sin perjuicio de la consulta de que trata el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo.

"La sentencia que deniegue la expropiación o se abstenga de decretarla es apelable en el efecto suspensivo; la que la decrete en el devolutivo.

"El auto que resuelva la liquidación de condenas será apelable en el efecto diferido pero el recurrente podrá pedir que se le conceda en el efecto devolutivo. El que deniega la apertura a prueba o la práctica de alguna que haya sido pedida oportunamente será apelable en el efecto devolutivo.

"Contra la sentencia que decida el proceso de expropiación, no procederán los recursos extraordinarios de revisión y anulación".

Las anteriores reglas resultan útiles para aclarar que la procedibilidad del recurso de segundo grado incoado en procesos de esta naturaleza no debe buscarse y tampoco puede deducirse en textos diferentes a la Ley 135 de 1961, y las demás leyes que la modifican y adicionan, orientada en tal aspecto por el principio de la taxatividad, incluída la remisión que hace el artículo 456 del C. de P.C. en lo concerniente a la apelación de las providencias que desatan la oposición de terceros a la diligencia de entrega.

Se tiene, pues, que el auto que ordenó la entrega real y material del inmueble a la entidad expropiante, por no existir autorización expresa que lo haga legalmente viable, no es pasible el recurso de apelación, por consiguiente, el a-quo estuvo acertado al negarlo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

Estímase bien denegado el recurso de apelación en el proveído contra el cual se propuso el de queja. Envíese al Tribunal de origen a fín de que haga parte del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 5 de noviembre de 1992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO -Señalización

Si bien no parece reprochable que la policía, dado el grave deterioro del orden público en el País, proteja los cuarteles y las estaciones cerrando en las noches el tránsito automotor por las vías aledañas, no hay razón alguna que la exima de la obligación de colocar señales adecuadas y perfectamente visibles que anuncien dicho cierre; la negligencia sobre este último aspecto fue la determinante de la ocurrencia del accidente de que dan cuenta los autos, y por lo tanto, constituye una censurable omisión capaz de comprender patrimonialmente la responsabilidad de la administración.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., tres de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

REF.: Expediente No. 7239

Actor: MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ MONTENEGRO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia que profirió el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el 1 de noviembre de 1991, por virtud de la cual denegó las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 31 de agosto de 1989, MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ MONTENEGRO demandó a LA NACION - POLICIA NACIONAL para que se la declarase responsable del accidente sufrido por el demandante el 26 de junio de 1988 y se la condenase a reconocer y pagar los perjuicios materiales y morales debidamente actualizados.

2. Los hechos que invocó para fundamentar sus peticiones son los siguientes:

"1. Que el día 26 de junio del año que nos antecedió, mi representado el señor Miguel Angel Rodríguez Montenegro de condiciones civiles ya anotadas, venía del Estadio Pascual Guerrero de Cali conduciendo una camioneta marca Chevrolet de Placa MD-0271, Modelo 82, color blanco, franjas café y amarillo, servicio particular y de propiedad del señor Lorenzo de Jesús Giraldo.

"2. Que en dicho vehículo mi representado venía acompañado de la señora Esperanza Bolivar Ramírez, mujer (sic) mayor de edad quien porta la C.C. 31.849.151 de Cali y quien reside en la Calle 39 No. 2-N-07 Barrio Nuevo Madrid de esta ciudad de Cali.

"3. Que a las once (11) de la noche más o menos, venía desplazándose mi representado por la Carrera 1 con Calle 21 exactamente en el lugar donde se encuentra ubicada la Policía Nacional, Departamento de Policía Metropolitana de Santiago de Cali, cuando de repente en medio de la oscuridad, se encontró y se estrelló con las barandas metálicas que el Ministerio de Defensa - Policia Nacional, Departamento de Policía Metropolitana de Santiago de Cali acostumbra a colocar en las horas de la noche sobre la carrera 1 entre calles 20 y 21 de esta ciudad de Cali, ocupando así la mitad de la avenida.

"4. Que el impacto o choque se produjo en razón a que no existían, ni existen en dicho lugar, ninguna clase de señalización ni mucho menos mecheros, luces o algo similar que alumbrara el lugar dadas las altas horas de la noche.

"5. Que como consecuencia del choque a mi representado el señor Miguel A. Rodríguez Montenegro, se le partió el brazo izquierdo con una de las barandas, la cual como es apenas lógico golpeó contra la puerta del conductor.

"6. Que como consecuencia del accidente, en el cual se le partió el brazo izquierdo a mi representado, se le han venido practicando varias 'intervenciones quirúrgicas a fín de volverle la funcionalidad al brazo.

"7. Que actualmente mi representado señor Miguel A. Rodríguez Montenegro, se encuentra impedido a valerse con el brazo izquierdo en razón de que el mismo le ha quedado lisiado permanentemente y disminuido en su capacidad y función normal, padeciendo pérdida funcional parcial.

"8. Que mi representado al sufrir pérdida funcional parcial en el brazo izquierdo se encuentra incapacitado e imposibilitado para desempeñar normalmente sus funciones como motorista del vehículo de su propiedad de placas VJ-0650 afiliado a la Cooperativa Coomoepal de Cali. Vehículo que cubre la ruta intermunicipal Cali-Buenaventura-Cali.

"9. Que el Agente de Policía RIVAS PALACIOS cuyo número es el 90291 de la Policía Nacional, manifiesta en la orden de comparendo No. 0211132 de fecha 27 de junio/88 que mi representado se encontraba en estado de embriaguez, pero a mi representado no se le comprobó tal estado, ni se le practicó ningún exámen de medicina legal de conformidad con los preceptos de los artículos 253 y 254 del Decreto Ley 1344 de agosto 4 de 1970.

"10. Que el señor Miguel Angel Rodríguez Montenegro, de condiciones civiles ya anotadas, al verse lisiado físicamente y afectado en su patrimonio económico me ha conferido poder Especial Amplio y Suficiente, en cuanto a derecho y facultades se requiere para adelantar la presente gestión jurídica.

3. Notificada del auto admisorio de la demanda, la entidad demandada compareció al proceso por medio de apoderado especial y pidió pruebas; el término probatorio fué fijado por el Tribunal en 30 días, al cabo de los cuales, previo el traslado de rigor, presentó su alegato final el apoderado del actor y rindió concepto el agente del Ministerio Público.

4. Las consideraciones del fallo son éstas:

"a) ACTUACION DE LA ADMINISTRACION. Para que una persona pública pueda ser declarada reponsable extracontractualmente, debe haberse producido ante todo una actuación que le sea imputable, actuación que debe producirse en forma irregular, lo que se traduce en lo que se ha denominado una culpa, falta o falla del servicio que se presenta cuando el servicio público no ha funcionado, ha funcionado mal o ha funcionado tardíamente.

"Jurisprudencialmente también se ha establecido que en los sistemas ordinarios de responsabilidad, corresponde al actor probar la existencia de la falla o falta del servicio que alegue como imputable a la entidad pública demandada. En el caso planteado por el actor se aduce que existió falla del servicio policivo por cuanto la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, colocó barandas o señales sobre la vía pública sin el respectivo permiso de las autoridades de tránsito. Obra a folio 4 del cuaderno número 2 la comunicación número 003344 suscrita por la Comandante de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, en la cual se informa, que 'El motivo por el cual habían sido colocadas las vallas con las cuales colisionó el vehículo en mención se deben a las medidas de seguridad del cuartel. La Secretaría de Tránsito Municipal tiene conocimiento de ello'. Así mismo a folio 90 del cuaderno principal, aparece la comunicación AJ-119 agregada al expediente con ocasión de prueba oficiosa suscrita por la División Jurídica de la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Cali, en la cual se informa que 'El Decreto 1344 de 1970, Código Nacional de Tràsito, no contempla norma alguna que determine obligatoriedad de permiso especial de las autoridades de tránsito para colocar vallas en la vía pública por parte de la Policía Metropolitana'. De lo anterior se puede concluír que la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, el día de los hechos no nece-

sitaba contar con permiso especial de autoridad pública alguna para colocar las vallas contra las cuales al parecer colisionó el actor con el vehículo que conducía.

"De otra parte sostiene la demanda que así la entidad demandada hubiese contado con el permiso para la colocación de las barandas metálicas, estas no reunían los requisitos previstos en los numerales 5 y 6, del artículo 1 de la Resolución No. 10000 de 1977 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, ni lo de los artículos 2 y 3 de la Resolución 008408 de 1985 emanada de la misma entidad. La parte actora, si bien hace una transcripción de las disposiciones sobre las cuales fundamenta su alegación, no allega para ilustración de la Corporación copia hábil de los actos administrativos contentivos de las mencionadas disposiciones, lo cual se hacía necesario toda vez que se trata de actos que aunque son de contenido general no son de público conocimiento pues son resoluciones expedidas internamente por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Tampoco solicitó que tales normas fueran allegadas al expediente. Con todo se observa que de las declaraciones que bajo juramento fueron rendidas ante esta Corporación que obran en el plenario a folio 55 a 64, no se logra establecer con claridad si realmente las vallas colocadas el día de los hechos por la Policía Metropolitana eran o no fluorescentes, pues los señores Esperanza Bolivar Ramírez, Rodrigo Vergara García y Holmes Ruíz Albán, insisten en la poca visibilidad que ofrecía la vía en razón de la poca visibilidad que ofrecía la vía en razón de la poca luminosidad, aunque el último de los citados expresamente indica que las vallas o barandas estaban pintadas de oscuro, 'como de un verde metal'. Testimonios éstos que no ofrecen la claridad necesaria para poder con certeza asegurar que las mencionadas señales no reunían los requisitos previstos por las disposiciones alegadas como fundamento por el actor. En cambio el Agente de la Policía Nacional Carlos Alberto Rivas Palacios en la declaración que rindiera ante esta jurisdicción, manifestó que las vallas que se colocan como medida de seguridad en las intalaciones de la Policía Nacional, son vallas reflectivas, las cuales se ven o se pueden observar a prudente distancia'.

"Otro de los argumentos esbozados como fundamento de la pretendida falla del servicio es el de que el Agente de Policía Nacional Rivas Palacio que extendió la orden de comparendo número 02111 de junio 27 de 1988 contenía una afirmación carente de todo piso legal, como era la de que el actor se encontraba en estado de embriaguez cuando conducía el vehículo colisionado, sin que se le hubiera practicado prueba científica o técnica alguna. La parte demandante pretende cuestionar la legalidad en un documento público como es la orden de comparendo relacionada ya que fué expedida por un funcionario público en ejercicio de sus funciones como era el Agente de la Policía Nacional Carlos Alberto Rivas Palacios, pero no allega al plenario copia del mencionado documento ni solicita su allegamiento en forma oficiosa, o por lo menos constancia de la autoridad pública competente de que dicho documento fue expedido. Sin embargo la Sala toma atenta nota de lo manifestado en su

declaración por quien suscribió el mencionado comparendo en la cual no se niega que el documento hubiese sido expedido, es más corrobora lo sostenido por el actor respecto de que no le fué practicada ninguna prueba técnica para determinar el posible grado de alcohol que contenía su organismo la noche de los hechos.

"Pese a la comprobación del hecho alegado por el actor, observa la Sala que èste realmente no tiene incidencia en la comprobación de aquél le correspondía hacer de la falla del servicio que pretendía imputar a la entidad pública demandada.

"De manera pues, que el acervo probatorio recaudado no se establece que hubiera existido por parte de la entidad pública demandada una actuación irregular o con falla del servicio al haber colocado vallas sobre la vía pública la noche de los hechos, y que por ello se hubiera ocasionado el accidente automivilístico del cual fué víctima el actor.

"Es de público conocimiento tal como lo anota en su concepto el distinguido colaborador fiscal que es usual que la Policía Metropolitana de Santiago de Cali como medida de seguridad coloque vallas sobre la vía pública, además también lo es especialmente para todo conductor diligente, que cuando se transita en las cercanías de un Cuartel de Policía debe hacerse con disminución de velocidad y con extremo cuidado, todo ello como medida de seguridad ciudadana y de la misma policía.

"2. DAÑO O PERJUICIO. Para que una persona pública sea responsable se requiere que su actuación haya producido un daño cierto o real, que sea especial, anormal y que se refiera a una actuación jurídicamente protegida. Del acopio probatorio recaudado se puede establecer que realmente el accidente se presentó, asimismo que al parecer fué lesionado el actor en un brazo. Sin embargo el daño no puede calificarse como cierto o real por cuanto no fue probado debidamente pues, aunque se allegaron con la demanda diversos certificados en los cuales se da cuenta de los costos que ocasionó el percance y además de los cuidados que posteriormente debío someterse el actor, tales documentos son privados y no fueron reconocidos judicialmente, por lo que no se les puede dar mérito probatorio alguno. Así mismo obra a folio 1 del cuaderno número 2 constancia expedida por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio de Justicia con sede en Cali, en la cual se dá cuenta de que el actor no se había presentado en la fecha de su expedición, es decir el 9 de mayo de 1990, a reconocimiento médico legal. Dicho documento no fué adicionado ni controvertido en ningún momento del proceso.

"Por todo lo anterior se tiene que el daño o perjuicio alegado por el actor en la demanda no fue probado en esta instancia en debida forma, por lo que falla también otro de los elementos constitutivos de la responsabilidad.

"Como quiera que no se dan ni la falla del servicio ni el daño o perjuicio en el caso en estudio, se hace inncesario analizar el tercer requisito denominado

'nexo causal'. Por todo lo anotado esta Corporación deberá necesariamente denegar las pretensiones de la demanda". (fls. 96 a 100).

5. La sustentación del recurso tiene el siguiente contenido:

"Como bien se recordará, la acción busca la indemnización por perjuicios morales y materiales que sufriera MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ MONTENEGRO a raíz de los hechos sucedidos el 26 de junio de 1988 cuando se desplazaba en una Camioneta, Placa No. MD-0271 por la Carrera 1 con Calle 21 y en medio de la oscuridad se estrelló contra una baranda o vallas metálicas que la Policía había colocado en el lugar, allí funciona la sede de la Policía Metropolitana de Cali.

"Con la misma demanda se aportaron pruebas DOCUMENTALES que demostraron la realidad de los hechos y el tratamiento médico al que se vió sometido el lesionado al cual hubo que hospitalizar.

"El aspecto probatorio fue sujeto de análisis en las alegaciones que oportunamente se presentaron, se resaltó la rigurosidad exigida para la parte demandante a la cual se le devolvió varias veces el libelo -demanda, rigurosidad que no se pidió para la parte demandada donde ni siquiera apareció el nombre de la parte demandada, menos se hizo una exposición sobre los hechos que ni siquiera se mencionaron, no se propusieron excepciones y no se indicó el lubar donde se hicieran las notificaciones, pese a todo, ello, la Sentencia es favorable a la parte demandada, igual todo el aspecto probatorio como consta en las declaraciones de los testigos, la oscuridad en el lugar de los hechos era total, no había mecheros y tampoco se auxilió al herido por la policía que como todas las autoridades están instituídas para proteger a las personas en sus vidas.

"El señor Fiscal Segundo del Tribunal con argumentación no esgrimida por la parte demandada, reconoce la existencia del accidente pero no que fuera por falla del servicio, 'sino por culpa de la víctima' como si de parte de la autoridad de Tránsito se hubiese establecido lo afirmado, antes por el contrario se probó que MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ MONTENEGRO no aparece en el Tránsito con infracción; hubo el accidente, hubo daño, no había alicoramiento del conductor, no hubo infracción de tránsito, es decir, todo confluye en la relación de causalidad por la falla del servicio, se probó con testimonios la oscuridad en el lugar, los testimonios no fueron tachados de falsos, por ello es rechazable que el Señor Fiscal se convierta en testigo argumentando que transita por el lugar con lo que acaba de profundizar el desequilibrio procesal que es norma dentro de los Procesos Conteciosos, de allí la pasividad de la parte demandada que no la perjudica.

"En la sentencia aquí apelada para que se revoque se reconoce que la parte demandada se limitó a solicitar algunas pruebas sin que lo hubiera fundamentado, con lo que se corrobora las afirmaciones de la parte demandante a través de esta Apoderada.

"En la Sentencia se transcriben los hechos y los comentarios acerca de las normas violadas y se remite al criterio Jurisprudencial sobre responsabilidad Estatal y la probanza por el actor comparando los testimonios de particulares con la de un Agente de Policía al cual se le dá mayor credibilidad siendo que es un testigo sospechoso por ser parte integrante del organismo responsable de los hechos, su dependencia jerárquica no le brinda autonomía aunque coincide en la colocación de las vallas, además está comprobado el estado de cordura de MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ MONTENEGRO el día de los hechos, así el Honorable Tribunal le reste valor cuando dice:

"Sin embargo la Sala toma atenta nota de lo manifestado en su declaración por quien suscribió el mencionado comparendo en la cual no se niega que el documento hubiese sido expedido, es más corrobora lo sostenido por el actor respecto de que no le fué practicada ninguna prueba técnica para determinar el posible grado de alcohol que contenía su organismo la noche de los hechos.

"Pese a la comprobación del hecho alegado por el actor, observa la Sala que éste realmente no tiene incidencia en la comprobación que aquel le correspondía hacer en la falla del servicio que pretendía imputar a la entidad pública demandada."

"Por todo lo expuesto reitero la apelación para que se deje sin efectos la Sentencia No. 104 de Noviembre de 1991 que falló: NIEGANSE LAS PETICIONES DE LA DEMANDA." (fls. 102 a 104).

LA SALA CONSIDERA

La sentencia impugnada será revocada por estas razones:

a.- Con los testimonios de ESPERANZA BOLIVAR RAMIREZ (fl. 55), RODRIGO VERGARA GARCIA (fl. 57), HOLMES RUIZ ALBAN (fl. 59) y del agente de Policía CARLOS ALBERTO RIVAS PALACIOS (fl. 61), está probado que el 26 de junio de 1988, entre las 10 y 11 de la noche una camioneta conducida por el demandante chocó contra las vallas de protección que había colocado la policía nacional en la calle 21 con carrera 1 de la ciudad de Cali.

b.- El relato que hace ESPERANZA BOLIVAR RAMIREZ expresa lo siguiente:

"...Salimos esa noche del Estadio Pascual Guerrero de la ciudad a eso de las 10 o diez y media de la noche, mi esposo le pidió el favor de que me trajera a la casa, veníamos en el carro, el cojió (sic) la calle 5, luego la Avenida Colombia, cogió (sic) la primera y en la carrera primera con calle 21 donde hay una estación de la Policía Nacional, cuando chocamos con unas vallas, en el mo-

mento no había luces ni policías, entonces él como pudo frenó. En ese momento llegó la Policía y nos auxiliaron para llevarlo a él a la clínica de Occidente, allí esperé que llegara la esposa del Señor Rodríguez. PREGUNTADA. Sírvase decir porqué motivo el señor Rodríguez no frenó antes de colisionar con las barandas o vallas. CONTESTO. Porque en ese instante no vimos nada, ni la policía, ni señal alguna, ni fogatas que ponen, nada. PREGUNTADA. Sírvase decir cual era el estado mental del señor Rodríguez, es decir, si estaba alicorado o en uso pleno de sus facultades mentales. CONTESTO. No, el estaba muy bien, pues no había tomado licor, estaba en pleno uso de sus facultades mentales. PREGUNTADO. Cual era su estado mental, es decir el suyo. CONTESTO. No, yo no hay (sic) tomado, yo estaba bien mentalmente y me podía plenamente (sic) cuenta de lo que estaba sucediendo. PREGUNTADO. Sírvase decir que lesiones sufrío el señor Rodríguez como consecuencia de la colisión con las barandas. CONTESTO. Sí, recibió fracturas en un brazo, en ese momento solamente ví que manaba abundante sangre del brazo...." (fls. 55 a 56).

Los demás testigos que presenciaron el hecho coinciden en tal apreciación, razón por la cual no se puede dudar de la ocurrencia del accidente el día indicado; que la causa fué la poca visibilidad y la pintura verde oscuro de las vallas sin ninguna señal que advirtiera su presencia; que como consecuencia del mismo el demandante sufrío lesiones de alguna consideración.

c.- En las preanotadas circunstancias se torna irrelevante la discusión respecto al otorgamiento o no del permiso de las autoridades de tránsito para la colocación de las vallas, o si éste era o no necesario de acuerdo con las disposiciones legales vigentes en esa materia; lo cierto, según lo detallan los testimonios que ya se enlistaron y cuyos dichos no presentan motivo alguno que permita poner en tela de juicio su imparcialidad o disminuir su fuerza probatoria, que en la noche indicada, con el objeto de proteger las instalaciones de policía se colocaron unas vallas que no podían avistarse con facilidad.

Esta descripción permite deducir con facilidad la comisión de una falla del servicio imputable a la demandada; en efecto, si bien no parece reprochable que la policía, dado el grave deterioro del orden público en el País, proteja los cuarteles y las estaciones cerrando en las noches el tránsito automotor por las vías aledañas, no hay razón alguna que la exima de la obligación de colocar señales adecuadas y perfectamente visibles que anuncien dicho cierre; la negligencia sobre este último aspecto fue la determinante de la ocurrencia del accidente de que dan cuenta los autos, y, por lo tanto, constituye una censurable omisión capaz de comprometer patrimonialmente la responsabilidad de la administración.

d.- Los mismos testimonios que hasta aquí se han comentado conducen a la convicción de que, como fruto del accidente, el demandante sufrió lesiones en un brazo, si bien no hay prueba de su gravedad y de sus consecuencias; esto no obsta, sin embargo para el entendimiento de que dichas lesiones se produjeron y que fueron el efecto directo del choque producido; en este particular no hay porque exigir determi-

nado medio de prueba para acreditarlo excluyendo los demás; es claro que el más idoneo mecanismo de convicción es el certificado médico pero no se ve razón alguna para negar la posibilidad de probar la ocurrencia misma de las lesiones con medios diferentes.

Cosa diferente es que no figure probanza relativa a la entidad de dichas lesiones, a los gastos de curación y a las secuelas de las mismas; estos elementos, sin embargo, dicen relación con la cuantía del perjuicio y no con la existencia del mismo, asuntos esencialmente distintos tal y como lo ha recalcado la Sala.

Los certificados de gastos médicos y hospitalarios que figuran a folios 3 y ss., no se pueden tener en cuenta dado que son documentos privados no reconocidos; esta deficiencia, con todo, no impide que se profiera una condena in genere para que se liquide posteriormente y por trámite incidental, con arreglo a las siguientes bases:

a. Se debe establecer la clase de lesiones que sufrió el demandante y la incapacidad que le produjeron especificando si es permanente o temporal y el grado de disminución de la capacidad laboral de la víctima.

b. Sobre el fundamento anterior y teniendo en cuenta el salario mínimo legal vigente para la fecha del accidente, debidamente actualizado, se calculará la indemnización consolidada y la futura con aplicación de las fórmulas adoptadas por la jurisprudencia de la Corporación.

c. Se establecerá la cuantía de los gastos médicos y hospitalarios que el actor sufragó para la curación de las lesiones ocasionadas en el accidente y dicha suma se actualizará a la fecha de la liquidación.

Se condena por daño moral en el equivalente, en pesos colombianos, de OCHOCIENTOS (800) GRAMOS DE ORO FINO. El precio del gramo de oro será el nacional que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

En mérito de los expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administración justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada, la cual quedará así:

PRIMERO. Declárase la responsabilidad patrimonial de la Nación por los perjuicios de orden material y moral que sufrió MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ MONTENEGRO en los los hechos narrados en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO. Condénase a la Nación - Policía Nacional a pagar, en favor de MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ MONTENEGRO, una suma equivalente al precio de OCHOCIENTOS (800) gramos de oro fino al precio nacional que certifique el Banco de la República para la fecha de este fallo.

TERCERO. La liquidación de los perjuicios materiales se hará en incidente que se debe iniciar dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto que disponga el obedecimiento de este fallo y se tramitará conforme al artículo 137 del C. de P.C., siguiendo las bases que se anotan en esta providencia.

CUARTO. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A, para lo cual se expedirá copia de la sentencia con constancia de su ejecutoria, con destino al Ministerio de Defensa y a la parte actora (art. 115 C. de P.C.).

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 3 de noviembre de 1992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO -Retenes

No pretende la Sala, de ninguna manera, desconocer los motivos que llevaron al ejército a colocar el retén militar en el lugar de los hechos. Las labores de protección y vigilancia inherentes a la fuerza pública en favor de la ciudadanía hacen necesario este tipo de procedimientos preventivos, con mayor razón en una zona rural afectada por la presencia de elementos subversivos. Lo anterior, sin embargo, no significa que los militares encargados de tales misiones puedan actuar a espaldas de los derechos y garantías ciudadanas, con desconocimiento de los principios más elementales de prudencia, haciendo caso omiso de la normatividad que las impone un cuidadoso manejo de las armas con miras a que en su utilización se causa el menor daño posible a las personas y las cosas.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santa fé de Bogotá.D.C., Doce de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

REF: EXPEDIENTE No. 7182. ACTOR: MARTHA RIOS LEIVA Y OTROS.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 13 de noviembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: No prospera la excepción de inepta Demanda propuesta por la parte demandada.

"SEGUNDO: Declárase administrativamente responsable a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, por la muerte violenta del señor

JUAN MANUEL RIOS FLOREZ, en hechos ocurridos en el Municipio de San Marcos (Sucre) el día 16 de abril de 1988. En consecuencia:

"a) Condénasele a pagar por perjuicios morales el equivalente a Mil (1.000) Gramos de oro Fino, al valor que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a las siguientes personas:

MARIA DEL ROSARIO LEYVA VERGARA, JUAN MANUEL RIOS LEYVA, MARTHA RIOS LEYVA, LILIA ROSA RIOS LEYVA, ANA DEL ROSARIO RIOS LEYVA, LUZ MARY RIOS LEYVA, JULIO RAFAEL RIOS LEYVA, LUIS MANUEL RIOS LEYVA Y AURELIO DEL CARMEN RIOS LEYVA.

"b) Condénasele igualmente a pagar perjuicios materiales ingenere a favor de la cónyuge señora MARIA DEL ROSARIO LEYVA VERGARA, en los términos indicados en la parte motiva.

"La liquidación incidental seguirá el procedimiento señalado en el Artículo 137 del C. de P.C. en armonía con el 172 del C.C.A.

"TERCERO: El fallo deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A..

"CUARTO: Si no fuere apelado, consúltese esta sentencia con el superior".

I. ANTECEDENTES

1o. Las demandas

En escrito presentado el 19 de julio de 1988, ante el Tribunal Administrativo de Sucre, la señora María del Rosario Leyva Vergara, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Juan Manuel Ríos Leiva, en ejercicio de la acción de reparación directa, formuló demanda contra la Nación Ejercito Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"a) La declaración de que la entidad jurídica demandada, Nación Colombiana, es civilmente responsable de la muerte del señor JUAN MANUEL RIOS FLOREZ, acaecida el día (16) de abril de 1988, a consecuencia de los disparos de fusiles que le hicieron varios soldados del Batallón Militar de la ciudad de Montería perteneciente a la XI Brigada del Ejercito Nacional en el sitio la Quebrada en jurisdicción de San Marcos Depto. de Sucre,

"b) La condena consecuencial, a cargo de la misma persona de derecho público demandada, sobre la obligación de resarcir a la señora MARIA DEL RO-

SARIO LEYVA VERGARA y al menor Juan Manuel Ríos Leyva, a quien representa, en la cuantía que se determine en el juicio, de los perjuicios materiales y morales de todo orden, directos o indirectos, incluyendo el daño emergente y lucro cesante, más los intereses compensatorios desde el día (16) de abril de 1.988 hasta cuando se efectué el pago de la indemnización según la estimación pericial que se haga en el juicio.

"De manera subsidiaria la cuantía de los perjuicios será el resultado de la liquidación posterior a la sentencia In generi, en todo caso, la valoración de los perjuicios se hará teniendo en cuenta el incremento del índice de precios al consumidor o a la desvalorización de la moneda.

"El equivalente en moneda colombiana en mil gramos oro (Art. 106 C.P.) para la época del fallo por concepto de perjuicios morales".

Por su parte y en demanda presentada el 21 de noviembre de 1989 ante el mismo Tribunal, los señores Martha, Lilia Rosa, Ana del Rosario,Luz Mary, Juan Manuel, Julio Rafael, Luis Manuel y Aurelia del Carmen Ríos Leiva, solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. LA NACION es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes, con la muerte del señor JUAN MANUEL RIOS FLOREZ, hechos ocurridos en la carretera que de San Marcos conduce a la Quebrada, Sucre, el día 16 de abril de 1988, a manos de efectivos de las Fuerzas Militares de Colombia.

"1.1. Condenase a la NACION a pagar a MARTHA RIOS LEYVA, LILIA ROSA RIOS LEYVA. ANA DEL ROSARIO RIOS LEYVA, LUZ MARY RIOS LEYVA, JUAN MANUEL RIOS LEYVA, JULIO RAFAEL RIOS LEYVA,LUIS MANUEL RIOS LEYVA, AURELIA DEL CARMEN RIOS LEYVA:

"1.1.1. Daños morales con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de 1.000 gramos de oro fino, para cada uno.

"1.1.2. La condena por perjuicios morales se entenderá en concreto y sus equivalentes en pesos colombianos sera certificado por el Banco de la República a la ejecutoría de este fallo; devengara intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a dicha ejecutoria y moratoria luego.

"1.2. LA NACION dará cumplimientos a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria".

2o. Fundamentos de hecho.

Fueron relacionados en cada una de las demandas (fl. 2,3 y 4 c.2 y 39, 40 y 41 c.1). Tales hechos se pueden resumir así:

Juan Manuel Ríos Florez, tenia 66 años de edad, vivía en el sitio denominado "La Quebrada", en jurisdicción de San Marcos (Córdoba) y trabajaba al servicio de Sabas Dumar Avilez, propietario de una finca, a donde en la madrugada del 16 de abril de 1988 se dirigía a iniciar sus labores cotidianas. Iba montado en un caballo viejo y protegiéndose del sereno de la madrugada con una capa. Cuando se encontraba prácticamente en el predio de su patrono, varios soldados que se hallaban escondidos y protegidos dispararon sus armas contra Ríos Florez quien a consecuencia de los disparos perdió la vida. También hicieron impacto los disparos en el caballo que lo transportaba. Al parecer, dada la difícil situación de orden público en la región, los militares habían instalado un reten de vigilancia y control.

La víctima había contraído matrimonio con María del Rosario Leyva Vergara el 28 de diciembre de 1984 y procrearon a Juan Manuel, Luz Mary, Ana del Rosario, Lilia Rosa, Julio Rafael, Aurelia del carmen, Martha Beatriz y Luis Manuel Ríos Leyva, quienes nacieron antes de su matrimonio.

3o. Trámite procesal.

El auto admisorio de la demanda les fue notificado al Ministerio de Defensa Nacional, al Secretario General de dicho Ministerio y al Comandante de la Armada Nacional. El apoderado del ente demandado contesto la demanda y propuso la excepción de inepta demanda "por cuanto los poderes extendidos son insuficientes en la medida en que presiden de enumerar los pedimentos de la demanda, es decir, no se especifican para qué fué otorgado el poder correspondiente".

Solicitada la acumulación de los dos procesos, el Tribunal del conocimiento la dispuso por auto que obra a folios 72 a 73 del cuaderno principal. Agotado el periodo probatorio se dispuso correr traslado para que las partes alegaran de bien probado y el Ministerio Público conceptuara de fondo .

El apoderado del ente demandado en escrito de folios 83 a 95, sostienen que no hubo falla del servicio, que la muerte se produjo por culpa de la víctima y que el actuar oficial no fue imprudente ni negligente.

Para el Fiscal del Tribunal las pretensiones de los demandantes no deben despacharse favorablemente por cuanto "no existe una prueba idónea para demostrar una falla en el servicio del Estado..." A tal conclusión arriba luego de referirse al material probatorio recaudado. (fls.93 a 102).

El apoderado de María del Rosario Leyva presentó alegato de conclusión en el escrito de folios 48 a 50 del cuaderno No. 2 y sostuvo que se encontraban demostrados los elementos constitutivos de la responsabilidad de la Nación, "por la falla del servicio en la guardia de la seguridad...".

Cuando el negocio estaba para decidir de fondo, el Tribunal decreto de oficio la practica de algunas pruebas tendientes a lograr más claridad respecto de algunos puntos que para el a-quo era dudoso.(fls.105 a 107 y 110 a 112).

4o. La sentencia impugnada.

Se refiere el Tribunal en primer termino a la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado del Ministerio de Defensa, para concluir que éste carece de razón por cuanto "los referidos poderes si son suficientes para que se hubiere instaurado la presente acción o demanda y en ellos si se especifica para qué fueron otorgados...", de donde infiere que la excepción propuesta carece de comprobación.

Procede luego a examinar los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado y se refiere en primer lugar a la falla del servicio, la que deduce del comportamiento de los militares frente a la supuesta actitud desobediente a sus voces de alto, del occiso Juan Manuel Ríos Florez, cuando en bestia caballar se trasladaba desde su casa hasta su lugar de trabajo.

Razona el *a-quo* sobre la edad ya avanzada de la víctima y las características físicas de su cabalgadura, para plantear que por tales condiciones era fácil de reducirlo por parte de los soldados que integraban el retén militar que habían instalado, los cuales eran aproximadamente unos cuarenta. Se trataba pues del enfrentamiento de una persona de edad considerable (66 años), supuestamente armado de un revolver, contra un pelotón de soldados bien armados y protegidos, lo que hacia innecesaria la reacción de estos para dispárales con todas las intenciones de matarlo, cuando bien hubiera podido hacerlo contra el caballo y luego dominarlo. Se afirma en la sentencia recurrida que de ninguna disposición del Reglamento de Servicio de Guarnición resulta justificado o amparado el procedimiento cumplido por los militares contra Ríos Florez. Considera además "curioso (por no decir dudoso) que al occiso en la diligencia de levantamiento del cadáver se le hubiera encontrado a su lado un revolver con el cual, dicen los soldados, disparo contra ellos. Además de la falla en el servicio, el Tribunal considero probado el daño, así como la relación causal entre éste y aquélla.

Al pronunciarse sobre los perjuicios materiales dispone su reconocimiento ingiere en favor de la conyuge superstite. Los perjuicios de orden moral se reconocieron en suma equivalente a 1.000 gramos de oro para la cónyuge y cada uno de sus hijos.

5o. El recurso de apelación.

El apoderado de la Nación Ministerio de Defensa recurrió en apelación contra la sentencia anterior y sostuvo en escrito de folios 131 a 134 que los militares habían actuado bajo el amparo de la legitima defensa y que el Tribunal no tuvo en cuenta que la zona donde sucedió el hecho es considerada como de alteración al orden público y frecuentada por la guerrilla, sin contar con la escasa visibilidad, de tal forma que la reacción natural y lógica "era repeler el ataque armado para proteger sus vidas...'. Pide que se revoque la sentencia recurrida.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que Juan Manuel Ríos Florez, y María del Rosario Leyva Vergara contrajeron matrimonio el 28 de diciembre de 1984 (Fl.26 c.1). De igual manera los demandantes nacieron así: Martha Beatriz Ríos Leyva el 30 de julio de 1955, Lilia Rosa Ríos Leyva el 25 de diciembre de 1961, Ana del Rosario Ríos Leyva el 15 de abril de 1966, Luz Mary Ríos Leyva el 7 de mayo de 1967, Juan Manuel Ríos Leyva el 25 de diciembre de 1970, Julio Rafael Ríos Leyva el 20 de febrero de 1964, Luis Manuel Ríos Leyva el 15 de mayo de 1959, Aurelia del Carmen Ríos Leyva el 6 de junio de 1956. Al confrontar la fechas del matrimonio de los padres con las de los nacimientos de los hijos, al romperse observa que éstos nacieron antes del matrimonio de aquellos, es decir, que se trata de hijos naturales no legitimados, ni reconocidos legalmente por su padre, y, en consecuencia, sin legitimación para actuar en este proceso, por lo que habra de revocarse los reconocimientos indemnizatorios hechos a su favor en el fallo apelado.

Respecto de la legitimación del hijo nacido antes del matrimonio de sus padres, la sala recuerda los conceptos que sobre la materia ha expuesto el tratadista Gustavo León Jaramillo, quien señala que dicha figura se da en los siguientes casos:

a) Legitimación *Ipso Jure*, se presenta cuando el hijo concebido por fuera del matrimonio, nace después del matrimonio de los padres y cuando el hijo concebido y nacido antes del matrimonio de los padres, ha sido reconocido por estos como hijo natural, de acuerdo con los requisitos legales. b) Legitimación voluntaria o por instrumento público.- Es la manifestación de la voluntad de los padres de hacer la legitimación, voluntad que debe ser vertida en instrumento público, que puede ser la partida de matrimonio o una escritura pública. En este caso es necesario la aceptación del hijo.- c) Legitimación por Instrumento público, muerto el hijo. Solo procede cuando el hijo ha dejado descendencia legitima o natural para que a ellos se les notifique la legitimación y la acepten o repudien.

Ahora bien, según constancias procesales, el occiso era una trabajador al servicio de Sabas Dumar Herazo, " **era una persona muy buena y de confianza de la casa... él no se metía con nadie** ni nunca supo disparar, mas bien él estaba un poco sordo..." (F1.89). "**Era una persona correcta en todo sentido, pacífica**, de buenos modales y magníficas relaciones... **No usaba armas de fuego** así me lo confirmaron todos los que vivieron o trabajaron con él... **nunca le conocieron manifestación de violencia**.. **El patrullaje de ese día, mejor de esa madrugada, fue sorpresivo e inesperado**; repito, no eran frecuentes en la zona y así lo reconocieron sus moradores; nadie tenía noticia, por lo menos en esa región, de ese patrullaje.. "(Manuel del Cristo Monterrosa Arrieta F1s. 7 a 10. Cuaderno de pruebas). (Lo subrayado es de la Sala).

Considera la sala que tuvo razón el Tribunal en el fallo apelado cuando declaro la responsabilidad de la administración por el deceso violento de Juan Manuel Ríos Florez a manos de los militares del reten o puesto de vigilancia instalado en cercanías del corregimiento La Quebrada, lugar de residencia y de labores del occiso.

No pretendo la sala, de ninguna manera, desconocer los motivos que llevaron al ejercito a colocar el reten militar en el lugar de los hechos. Las labores de protección y vigilancia inherentes a la fuerza pública en favor de la ciudadanía hacen necesarios este tipo de procedimientos preventivos, con mayor razón en una zona rural afectada por la presencia de elementos subversivos.

Lo anterior, sin embargo, no significa que los militares encargados de tales misiones pueden actuar a espaldas de los derechos y garantías ciudadanas, con desconocimiento de los principios mas elementales de prudencia, haciendo caso omiso de la normatividad que les impone un cuidadoso manejo de las armas con miras a que en su utilización se cause el menor daño posible a las personas y las cosas.

Para la Sala el comportamiento asumido por los militares resulta demostrativo de una falla del servicio. En primer termino se trato de un reten o puesto de control instalado en horas de la noche y sobre el cual el común de los ciudadanos de la región no tenían conocimiento. No existían señales que informaran del reten o puesto de vigilancia. Se podría argumentar que la misión misma de vigilancia imponía no hacer ostensible la ubicación de la patrulla, pero, por esta misma razón los militares estaban obligados a ser bien prudentes en su labor, asegurándose de la identidad de las personas contra quienes fueran a utilizar sus armas, porque los vecinos de la región que como los militares se hallaban prevenidos y en permanente estado de alerta, podían reaccionar ante cualquier presencia de individuos extraños que de la noche a la mañana aparecieron instalados y escondidos en horas nocturnas u obscuras, armados y en actitud amenazante, en el lugar que para el lugareño, en este caso para la víctima, había sido su lugar de trabajo durante muchos años.

De otra parte la ubicación de las lesiones en la parte superior del cuerpo de la víctima y la naturaleza mortal de las mismas hacen ver que los militares dispararon a matar, cuando razonablemente y si fue cierto que el occiso los agredió, dado el alto número de militares, la calidad de su armamento y su ubicación protectora, bien pudieron controlar la situación sin necesidad de segar la vida de este campesino. Suficiente hubiera sido, por ejemplo, luego de agotar las señales y voces de prevención, disparar contra la cabalgadura, porque la aprehensión de un hombre de 66 años no podía ser problema para la cantidad de jóvenes encargados del control y vigilancia de la región.

Ha expresado la sala en múltiples ocasiones que en el cumplimiento del mandato constitucional de proteger vidas, honra y bienes de las personas residentes en Colombia, no pueden las entidades asumir comportamientos que sobrepasen el normal cumplimiento de sus deberes. En operativo como el que se cumplió en el caso examinado, solo en casos extremos y por excepción los militares pueden hacer uso de sus

armas y si lo hacen han de tomar todas la precauciones que sean necesarias para proteger la vida de los ciudadanos.

No podría desconocer la sala que las armas oficiales fueron erradamente utilizadas contra una persona de avanzada edad, sin antecedentes distintos a los de ser un trabajador de toda una vida de esa región, pacifico, correcto y apreciado por quienes lo conocían, algunos de los cuales contrarían la posibilidad de que al morir se encontrara armado y que hubiera agredido a los militares.

Cabe recordar que en casos como el subjudice " el sentenciador esta obligado a ser muy severo en la valoración de la prueba, pues de la noche a la mañana no puede patrocinar la conducta de quienes actuando a la ligera decide disparar las armas de fuego para terminar con la vida de las personas que, como lo ha dicho esta Sala, tiene mas valor que todo el universo inanimado, pues "no hay en el mundo de la existencia nada mas valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre", como se consigno en sentencia de esta sección el 19 de octubre de 1989, con ponencia del señor Consejero Julio Cesar Uribe Acosta.

De las consideraciones anteriores concluye la Sala que si se dio en el caso examinado una falla del servicio, la cual genero a su vez un daño, estableciéndose entre estos el nexo casual necesario para configurar así la responsabilidad extracontractual por falla de la administración.

Consecuente con lo anterior hay lugar a indemnizar los perjuicios morales y materiales ocasionados a la cónyuge sobreviviente, para los hijos de la víctima, por carecer de legitimación en la causa, se revocaran las condenas impuestas a su favor.

Por falta de la información necesaria para conocer la edad exacta de la víctima así como la de su esposa, además de otras comprobaciones necesarias para imponer en concreto la condena, ésta sera en abstracto con miras a cuantificar los perjuicios materiales en tramite incidental posterior a esta providencia, en el cual se tendrá en cuenta las pautas señaladas en el fallo apelado, salvo el salarial del 25% por concepto de prestaciones sociales que no se computaran. Igualmente se asignara para la cónyuge superstite un 50% de los ingresos de la víctima.

Para efectos de calcular el termino de vida probable de los esposos y actualizar los valores correspondientes, se tendrán en cuenta las partidas eclesiásticas de bautismo o registros civiles de nacimiento, según el caso, de Juan Manuel Ríos Flores y María del Rosario Leiva Vergara, que deberá aportar la parte demandante.

Se solicitara al DANE una certificación de los índices de precios al consumidor vigentes el 16 de abril de 1988 y a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, igualmente se solicitara a la Superintendencia Bancaria una copia de la Tablas colombianas de Mortalidad adoptadas por esa dependencia.

En merito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridades de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMANSE los ordinales PRIMERO, SEGUNDO, literal b) Ordinales TERCERO y CUARTO del fallo recurrido, esto es, el 13 de noviembre de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre.

SEGUNDO. MODIFICASE el literal a) del punto SEGUNDO de la sentencia apelada, el cual queda así:

a) Condenase a la Nación MInisterio de Defensa Nacional a pagar a la señora María del Rosario Leiva Vergara, como indemnización por perjuicios morales, una suma equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino, de acuerdo con el precio interno que de dicho metal certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Para el pago de los perjuicios morales la interesada acompañara la certificación anterior junto con la respectiva cuenta de cobro y para efectos del pago de los perjuicios materiales reconocidos, la beneficiada con la condena deberá presentar el escrito con el cual se promueva el incidente de liquidación de aquellos, dentro de los sesenta (60) días siguientes a cuando se notifique el auto que profiera el Tribunal ordenando cumplir lo que aquí se decide.

TERCERO. DENIEGANSE las demás pretensiones.

CUARTO. Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse copias de las sentencias, con constancias de su ejecutoria, con destino a las partes haciendo las previsiones del articulo 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha Doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, SecretariaACOSTA

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/PRESUNCION DE RESPONSABILIDAD

Los agentes del orden actuaron en forma desproporcionada, excesiva e irregular, ante un incidente menos iniciado por el hecho de haber golpeado uno de los costados de la patrulla que se les vino encima y casi los atropella. Esto, enfocado en forma tradicional, da pie para enfocar el asunto como una presunción de responsabilidad; presunción como lo ha repetido la jurisprudencia, que sólo le da margen a la administración para exculparse probando la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho también exclusivo y determinado del tercero.

PERJUICIOS MATERIALES A LESIONADOS

Dada la incapacidad permanente total que de le asignó al actor por el jefe de sección de Medicina del Trabajo (disminución del 100 de su capacidad laboral, correspondiente a un índice lesional 21), deberá indemnizársele. Incapacidad permanente de carácter profesional que no puede desaparecer con el hecho de que el mencionado oficial siga en actividad (en labores presumiblemente de oficina) y se le sigan pagando las asignaciones propias de su grado militar. No, aquí lo que se indemniza es la pérdida de su capacidad como profesional militar, la que se vió truncada por la falla del servicio y que no le permitirá realizarse como un miembro en actividad en la carrera de las armas que eligió.

INDEMNIZACION A FORFAIT

La indemnización que se ordena no tendrá objeción alguna ni siquiera por los sostenedores de la indemnización a forfait, porque el actor ni siquiera

está gozando de pensión de invalidez por parte del Ministerio de Defensa. Tampoco podría hacerse compensación alguna con la que el actor ha venido devengado en la Universidad Militar, porque esta tiene una causa diferente, exenta de sentido de indemnizatorio y porque dicha Universidad es un ente distinto de la Nación. En esto o en parecidas hipótesis no podrá hablarse de una doble asignación a cargo del Tesoro Público (de un lado la indemnización deberá solucionar la Nación y de otra lo que la Universidad le paga por sus servicios) porque la condena judicial se hace a título de sanción y por causa de una falla del servicio y lo devengado en la Universidad es más que la contraprestación por el servicio personal que allí presta.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C. Noviembre trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1.992)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

REF. EXPEDIENTE No. 4374.- Indemnizaciones. ACTOR: HUGO GIL PINZON

Procede la sala a decidir el presente asusnto, cuyo expediente se perdió en el incendio del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1.985 y hubo de reconstruirse.

En demanda presentada el 4 de febrero de 1.984 los señores Hugo Gil Pinzón y otros demandan a la Nación -Ministerio de Defensa Nacional -Policia Nacional- para que hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1.- LA NACION es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes con las lesiones y consiguiente invalidez permanente total de HUGO GIL PINZON, como consecuencia de heridas de bala disparadas con arma oficial por agentes de la Policia Nacional en el curso de un procedimiento efectuado el 1o. de marzo de 1.981 en la cabecera municipal de Rionegro, Antioquia.

"1.1. Condénase a la Nación a pagar:

"A.- A HUGO GIL PINZON:

"11.1. Un capital representativo de lo que de no haber ocurrido el insuceso perjudicial se hubiera podido ganar durante su vida probable calculado con base en los ingresos que tenía antes de su validez, como indemnización de los daños y perjuicios materiales.

" Su liquidación se hará en la fecha de la causación jurídica del daño o perjui-

cio, esto es del 1o. de marzo de 1.981, descontando un interés técnico efectivo del 6% anual y se pagará, junto con sus intereses, en pesos de valor constante en relación con la variación porcentual del Indice Nacional de Precios al Consumidor de ingresos medios.

" Señalo en más o menos siete millones de pesos de la fecha de hoy, el valor económico de la pretensión anterior.

"11.2. En subsidio se entregará al demandante un capital que le produzca una renta que le permita subvenir sus necesidades vitales, atendiendo a sus condiciones personales y sociales.

" Dicha renta debe calcularse con un interés técnico efectivo del 6% anual, es decir, haciendo reserva para la devaluación o pérdida futura del poder de compra de renta en mención.

" Señaló la cuantía de la indemnización así pedida en siete millones de pesos de la fecha, y,

"11.3. en subsidio, la indemnización que le corresponde por este concepto al demandante HUGO GIL PINZON, se fijará equitativamente por la Sección, con fundamento en los artículos 8o. de la ley 153 de 1.987 y 107 del Código Penal, por el equivalente en pesos de fecha de la sentencia de cuatro mil gramos de oro fino.

"C.- Al mismo demandante HUGO GIL PINZON y a MELIDA ALICIA HIDALGO RODRIGUEZ DE PINZON, CLAUDIA LILIAM GIL HIDALGO, CARLOS ARTURO, DOMINGO, MARIA ELSA, OLGA, ANA ROSA, BLANCA, MARIA LUISA, MARIA CIRCUNCISION, Y ANA MERCEDES GIL PINZON Y MARIA GUADALUPE PINZON DE GIL.

"11.4. Daños morales, con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos de oro fino, según el artículo 106 del C. Penal, para cada uno, no sobra la aclaración;

"11.5. Gastos del proceso no inferiores al veinte por ciento del valor total de las condenas, e

"11.6. Intereses aumentados con la variación promedio mensual del Indice Nacional de Precios al Consumidor de ingresos medios, desde la fecha de la sentencia y hasta la de su efectivo cumplimiento."

" Todo pago se imputará primero a interes."

En ese mismo libelo se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el 1o de marzo de 1.981, en Rionegro (Antioquia), cuando los oficiales del ejercito Guillermo Alfonso Velásquez y Hugo Gil Pinzón se encontraban de paseo en dicha localidad con otros amigos y parientes, luego de un incidente con unos agentes de la policía que viajaban en un carro patrulla, fueron agredidos a bala y bolillo por estos, resultados lesionado el teniente Gil Pinzón y el civil Juan Guillermo Castrillón A., según los testigos presenciales; entre estos el Capitán Guillermo Alfonso Velásquez.

2) Que como consecuencia del balazo que recibió Gil Pinzón quedó totalmente inválido, perdió fuerza en sus manos y el control de los esfinteres.

3) Que a la fecha del incidente el teniente Gil tenia ingresos por $20.567.00 mensuales y de él dependían tanto su conyuge, señora Alicia Hidalgo R. y su hija Claudia Liliam, quienes convivian bajo el mismo techo.

En los fundamentos de derecho se destaca la falla del servicio por el uso excesivo e innecesario de arma de dotación oficial contra los canones del buen servicio y contra el Estatuto orgánico de la Policía y del Reglamento de Régimen Disciplinario.

Cumplido el procedimiento de esta isntancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Advierte la sala en primer término que su competencia en el presente asunto es de única instancia y no corresponde su conocimiento en primera al tribunal de Antioquia. Para afirmar esto basta recordar que cuando se inició este proceso el 24 de febrero de 1.984 su conocimiento estaba adscrito a esta corporación, en única instancia, por mandato del Decreto 528 de 1.964, en armonía con la Ley 22 de 1.977 que habían triplicado las cuantías señaladas en aquél. Situación que no cambio con el Decreto 01 de 1.984 (el que adoptó el nuevo código administrativo) cuando dispuso en el inciso segundo de sus artículo 266, que **los iniciados como única ante al Consejo de Estado debían remitirse a los tribunales, siempre y cuanado frente al nuevo estatuto pudieran considerarse también como el única instancia.** Circunstancia que no se produjo porque por la cuantia de la pretensión mayor (superior a $2.000.000.oo) en ese entonces, le daba vocación de doble instancia.

Clarificado lo anterior, se anota:

La parte demandante es plural. Por un lado, el señor Hugo Gil Pinzón, persona lesionada, quien reclama indemnización de perjuicios morales y materiales. Y por el otro, Mélida Alicia Hidalgo Rodríguez de Pinzón (conyuge), Claudia Liliam Hidalgo (hija), Carlos Arturo, Domingo, María Elsa, Olga, Ana Rosa, Blanca, María Luisa, Ana Mercedes y María Circuncisión Gil Pinzón (hermanos) y Guadalupe Pinzón de Gil (madre).

Resulta probado dentro del proceso la legitimación de los demandantes damnificados con los documentos que obran a folios 4 y siguientes y 449 y siguientes; los primeros adjuntos con demanda y los segundos en virtud del auto para mejor proveer que obra a folios 448 del cuaderno principal.

Para la sala los autos muestran, en forma que no deja margen a dudas que se dió la falla del servicio.

De las pruebas aportadas se infiere: a) Que el día 1o. de marzo de 1.981 se presentó un incidente de escasa importancia entre dos oficiales del ejercito y varios agentes de policía que venían en un carro patrulla, cuando aquéllos se atravesarón en la vía y uno de ellos golpeo con la mano un costado del vehículo. b) Que ante los reclamos airados de los oficiales, los agentes se apearon de la patrulla y los agredieron a bala y bolillo (ver testimonios a folios 274 y siguientes y 362 y siguientes). c) Que como consecuencia del altercado el teniente Gil Pinzón recibió un disparo del arma de dotación de uno de los agentes, que lo dejó invalido de por vida, con pérdida de capacidad laboral del 100% (ver dictámen al folio 195). d) Que la actividad de los oficiales fué agresiva y no se identificaron tan pronto se inicio el incidente. e) Que como consecuencia de ese disparo el teniente Gil Pinzón quedó parapléjico "aunque con cambios sensitivos y motores en mano izquierda..." y permanente en silla de de ruedas. f) Que el Teniente Gil Pinzón se encuentra en servicio en la Universidad Militar (ver oficio Cedei of. 114 de 27 de octubre de 1.986 a folios 193). g) Que los agentes implicados en los hechos, señores Carlos Alberto Porras U. y Leonardo Antonio Argaez F. que estaban de servicio el citado día con Juan de la Cruza Vargas y josé María Ruíz, fueron retirados en forma definitiva de la Institución (ver documento a folios 205).

El recuento de lo probado pone en evidencias la ocurrencia de la falla del servicio. Los agentes del orden acruaron en forma desproporcionada, exclusiva e irregular, ante un incidente menor iniciado por el hecho de haber golpeado uno de los costados de la patrulla que se les vino encima y casi los atropella.

Esto, enfocado en la forma tradicional, porque el uso de las armas de dotación, con las que lesionaron el Teniente Gil Pinzón, da pié para enfocar el asunto como una presunción de responsabilidad. Presunción, como lo ha repetido la jurisprudencia (para el caso la sentencia de 24 de agosto de 1.992, con ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo, proceso 6754), que sólo le da margen a la administración para exculparse probando la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la victima y el hecho, también exclusivo y determinanate, del tercero. Causales éstas que ni siquiera se alegaron por el ente demandado. Ente que en su alegato final acepta la ocurrencia de los hechos pero los matiza con una supuesta culpa de la victima (proferir palabras de grueso calibre) que ni siguiera habiendo sido probada habría justificado la torpe conducta oficial. Si bien los agentes implicado finalmente fueron absueltos por la justicia militar, todo se debió a un manejo procesal ante un segundo consejo verbal que hubo de efectuarse luego de la contraevidencia del primer fallo absolutorio.

Los perjuicios

Solicita la parte actora pejuicios morales y materiales para el señor Hugo Gil Pinzón; y morales para Mélida Alicia Hidalgo Rodriguez de Pinzón (cónyuge), Claudia Liliam Gil Hidalgo (hija), Carlos Arturo, Domingo, María Elsa, Olga, Ana Rosa, Blanca, María Luisa, María Circuncisión y Ana Mercedes Gil Pinzón (hermanos) y María Guadalupe Pinzón de Gil (madre).

Sobre perjuicios morales la sala los reconocerá siguiendo la línea tradicional de la jurisprudencia y teniendo como apoyo el prudente arbitrio judicial. En este sentido y tal como se ha aplicado a casos similares reconocerá el equivalente a 1.000 gramos oro tanto al lesionado Hugo Gil Pinzón como a su cónyuge Mélida Alicia Hidalgo Rodriguez de Pinzón; a su hija Claudia Liliana Gil Hidalgo 700 gramos; y a su madre, señora Guadalupe Pinzón de Gil, 500 gramos.

Se impone esta condena, dada la grevedad de las lesiones y la invalidez que aqueja al señor Gil Pinzón, quien quedo parapléjico de por vida.

En cambio para sus hermanos Carlos Arturo, Domingo, María Elsa, Olga, Ana Rosa, Blanca, María Luisa, María Circuncisión y Ana Mercedes Gil Pinzón, la condena será equivalente a 200 gramos de oro para cada uno.

En cuanto a los perjuicios materiales, la sala no duda en que deberán indemnizarsele, dada la incapacidad permanente total que se le asignó al señor Hugo Gil Pinzón por el jefe de la sección de Medicina del Trabajo (disminución del 100% de su capacidad laboral, correspondiente a un índice lesional 21). Incapacidad permanente de carácter profesional que no puede desaparecer con el hecho de que el mencionado oficial siga en actividad (en labores presumiblemente de oficina) y se le sigan pagando las asignaciones propias de su grado militar. No; aquí lo que se indemniza es la perdida de su capacidad como profesional militar; la que se vió truncada por la falla de servicio y que no le permitirá realizarse como un miembro en actividad en la carrera de las armas que eligió.

En otras palabras, el señor Hugo Gil Pinzón quedó totalmente incapacitado como profesional castrense y por eso tendrá que indemnizarsele esa pérdida total de su capacidad, con prescindencia de que éste vinculado a la Universidad Militar y devengue en ella una asignación similar a la percibiria si estuviera sano y en pleno ejercicio de su carrera militar.

Sucede en esto algo similar a lo que se da cuando un concertista pierde los movimientos de una de sus manos por un accidente imputable a otra persona. Aunque ese concertista quede habilitado para desempeñar otra actividad lucrativa que no requiera el uso de su mano lesionada, no por eso su pérdida de capacidad dejará de ser del 100%. Perjuicio que deberá indemnizarsele, así gane en otra actividad mas o algo similar a lo que percibía por sus conciertos. Las diferencia en las causas de los dos extremos justifica el trato igualmente diferente.

En esto la sala reitera el pensamiento expuesto en sentencia de septiembre 12 de 1.991 (proceso 6572 Actor: Rosa Nelly Londoño Martínez) de la que fué ponente el señor Consejero Julio César Uribe Acosta. Allí, se dijo:

"....ocurre a menudo que la victima, a pesar de su incapacidad fisiológica, puede seguir desempeñando su trabajo habitual y, por consiguiente, sus ingresos no sufren ningun menoscabo.

"**Como sería absurdó negar indemnización argumentando que la victima no ha sufrido pérdida patrimonial alguna, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado que en tales circustancias el monto indemnizable por lucro cesante se liquida teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad sufrido por aquélla.** Así, si el lesionado sigue devengando su salario mensual de cien mil pesos pero sufre una incapacidad del 40%, entonces el monto indemnizable será de cuarenta mil pesos, sin consideraciones a que él esté recibiendo su salario habitual."

"En la materia que se estudia es incuestionable que las distintaas perspectivas de manejo jurídico se explican por la posición que el juez o magistrado tenga frente a la persona humana. Una visión materialista de ésta lleva a concluir que el hombre es solo un animal QUE PRODUCE, que procura la subsistencia y cuya vida está determinada en gran medida por las fuerzas económicas. Transitando por este sendero bien puede predicarse que si fue lesionado en su integridad física, pero sigue produciendo, al ciento por ciento, en la profesión que ejerce, no hay lugar a indemnización sino por el período en que se dejó de producir. Por el contrario, si ve en el hombre a un ser espiritual, que eleva la escala de sus conceptos al mundo maravilloso del pensamiento, tiene que concluirse que la expresión más convincente de su superior naturaleza espiritual es LA LIBERTAD, esto es, que el hombre es hombre porque tiene libertad para obrar dentro del marco del destino. Por ello se enseña y para escoger entre varias alternativaas. Así se explica que quien hoy es abogado, mañana puede dedicarse a las labores del agro o del comercio, libertad de elección que no puede quedar comprometida impunemente por los atentados hechos a la integridad física, esto es, sin que se indemnbice, en todo su universo, el daño causado, cuando ese mundo de la libetad queda total o parcialmente agotado."

Y si lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia transcrita, se aplica a la pérdida parcial de la capacidad laboral, con mayor razón tendrá operancia en casos como aquí decidido, en le cual la victima perdió el 100% de dicha capacidad.

En estas condiciones el reconocimiento indemnizatorio deberá hacerse con apoyo en el ingreso mensual de la victima durante su vida probable, teniendo en cuenta los períodos definidos por la jurisprudencia. Así, ese ingreso mensual a la fecha de iniciación de sus invalidez (1o. de marzo de 1.981) era de $20.567 mensuales, según las voces de la demanda.

La indemnización que aquí se ordenará no tendrá objeción alguna ni siguiera por los sostenedores de la indemnización a forfait porque el señor Gil Pinzón ni siquiera está gozando de pensión invalidez por parte del Ministerio de Defensa.

Tampoco podrá hacerse compensación alguna con la que Gil Pinzón ha venido devengando en la Universidad Militar, porque esta tiene una causa diferente, exenta de sentido indemnizatorio y porque dicha una causa diferente, exenta de sentido indemnizatorio y porque dicha Universidad es un ente distinto a la Nación. en esto o en parecidas hipótesis no podrá hablarse de una doble asignación a cargo del Tesoro público (de un lado que la Universidad le paga sus servicios) porque la condena judicial se hace a título de sanción y por causa de una falla del servicio y lo devengado en la Universidad Militar no es más que la contraprestación por el servicio personal que allí presta.

Con estos presupuestos la liquidación será la siguiente:

1.-Indemnización Debida:

Ingresos: $20.567.00; Indices: Marzo/81=21.22, septiembre/92; 258.38

$$Ra = 20.567 \times \frac{258.38}{21.22} = 20.567. \times 12.17624882$$

Ra =250.428.90; i= 0.004867

n= Marzo 1/81 a Oct. 30/92 = 11 años 8 meses= 140 meses

$$S = \frac{250.428.90\ (1.004867)^{140} - 1}{0.004867}$$

$$S = \frac{250.428.90\ X0.9733394}{0.004867} = 250.428.90\ X\ 199.9875487$$

S = $50.082.661.83

2. Indemnización Futura

Nació: Agosto 15/49; al accidente tenía: 31 años 6 meses 15 días

Vida probable: 42.195; Ra=$250.428.90

n= 42.195 x 12 = 506.34 -140 = 366.34; i = 0.004867

$$S= 250.428.90\ (1.004867)^{366.34} -1$$
$$\overline{0.004867\ (1.004867)^{366.34}}$$

$$S= \frac{250.428.90 X 4.921868}{0.028821731}$$

S= 250.428.90 X 170.769.3406 = $42.765.578.12

S= $42.765.578.12

RESUMEN

1.- Indemnización debida	$50.082.661.83
2.- Indemnización Futura	$42.765.578.12
Total.....	$92.848.239.95

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1) Declárase responsable a la Nación(Ministerio de Defensa -Policia nacional) de los perjuicios sufridos por el señor HUGO GIL PIZON y otros, causados por los hechos narrados en la demanda.

2) En consecuencia, condénase a la mencionada entidad a pagar por concepto de perjuicios morales el equivalente en pesos de las siguientes sumas: a HUGO GIL PINZON Y MELIDA ALICIA HIDALGO RODRIGUEZ DE GIL 1.000 gramos oro para cada uno; CLAUDIA LILIAN GIL HIDALGO 700 gramos oro y GUADALUPE PINZON DE GIL 500 gramos oro; a CARLOS ARTURO, MARIA ELSA, OLGA ANA ROSA, BLANCA, MARIA LUISA, MARIA CIRCUNCISION Y ANA MERCEDES de a 200 gramos de oro para cada uno.

El valor del gramo de oro fino, precio interno, lo certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este proveído.

3) Condénase igualmente a la misma entidad a pagar, al señor HUGO GIL PINZON, por perjuicios materiales, la suma de NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS ($92.848.239.95).

4) La sentencia deberá cumplirse dentro de los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. con intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego.

5) Deniégase las demás súplicas

6) Expídanse las copias para su cumplimiento

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 12 de noviembre de 1.992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS -Alcantarillado

La Administración incumplió la obligación de atender adecuadamente todo lo concerniente a la prestación del servicio a su cargo y la de proveer al buen funcionamiento y reparación de las redes de conducción de aguas servidas para impedir que se produjeran este tipo de accidentes. En las circunstancias en que ocurrió la tragedia el daño producido es imputable únicamente a la administración; por la incontrovertible y palmaria deficiencia que demostró en la prestación del servicio a su cargo; por la lentitud en cubrir el hueco que exponía a las personas a sufrir esta clase de percances que, con una mediana diligencia, eran perfectamente evitables; por no adoptar medidas transitorias con el fín de impedir el acceso de las personas a este sitio, en fín, por no tener el cuidado de colocar vallas que previnieran el peligro creado.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., cinco de Noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

REF: EXPEDIENTE No. 6407. ACTOR: RAFAEL DARIO DÁRIO POTE Y OTROS.

Resuelve la Sala el grado de consulta de la sentencia que profirió el Tribunal Contenciosos Administrativo del Atlántico, el 6 de agosto de 1990, por medio de la cual adoptó las siguientes determinaciones:

"1o. Declárase responsable administrativamente a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla de la muerte del menor José Leonardo López Trillos ocurrida el día 5 de octubre de 1984.

"2o Como consecuencia de la declaración anterior condénase a dicha entidad, pública a pagar por concepto de perjuicios morales; un mil (1.000) gramos de oro para cada uno de los padres del menor; Margarita Esther Trillos Narváez y Rafael Darío López Pote; quinientos (500) gramos de oro para cada uno de los hermanos: Merlínda del Carmen y Rafael Darío López Trillos; y doscientos cincuenta (250) gramos de oro para cada uno de los hermanos: Pablo Antonio y Viviana Isabel Trillos.

"El precio del metal será el que certifique el Banco de la República en la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"3o. La suma materia de condena devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorios después de ese término.

"4o. Se deniega el reconocimiento de perjuicios materiales a los demandantes.

"5o. Esta sentencia deberá ejecutarse dentro de los términos señalados en el artículo 176 del C.C.A." (fols. 114 y 115 C.1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1.- **La Demanda**.- El 26 de abril de 1.985, actuando por medio de apoderado legalmente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda en contra del establecimiento público denominado EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE BARRANQUILLA las siguientes personas: RAFAEL DARIO LOPEZ POTE y MARGARITA ESTHER TRILLOS NARVAEZ, obrando en nombre propio y en representación de los menores RAFAEL DARIO y MERLINDA LOPEZ TRILLOS; la primera nombrada representó también a los menores PABLO ANTONIO y VIVIANA ISABEL TRILLOS; solicitaron que la entidad demandada fuese declarada responsable de la totalidad de los perjuicios que se les causó con la muerte del niño JOSE LEONARDO LOPEZ TRILLOS, en hechos ocurridos hacia las 11:30 de la mañana del 5 de octubre de 1984 en la calle 21 con la carrera 30, bario Rebolo, de la ciudad de Barranquilla.

Consecuencialmente reclaman por perjuicios morales la suma equivalente, en pesos colombianos a 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los padres; 500 gramos de oro fino para cada uno de los hermanos carnales, y de 250 gramos de oro fino para cada uno de los hermanos maternos; por perjuicios materiales la suma total equivalente, en pesos colombianos, a 4.000 gramos de oro fino, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del C. Penal.

La causa petendi está constituida por los siguientes hechos:

"1.- Las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla son un establecimiento constituído mediante el acuerdo No. 24 de 1960, originario del honorable Consejo Municipal de Barranquilla, como una Empresa Autónoma, descentralizada, con personería jurídica y patrimonio propio.

"2.- "Las Empresas que se organizan por medio de este acuerdo estarán encargadas de prestar los servicios públicos de acueducto, **Alcantarillado**, Aseo, pavimentación... etc" (Art. 2o. del Acuerdo 24 de 1960). El mencionado acuerdo al asignarle a la mencionada Empresa la obligación de prestar el servicio de Alcantarillado, sentó las bases generales de dicha creación y autorizó al alcalde de Barranquilla, para que aprobara los Estatutos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, lo cual se hizo por medio del decreto No. 191 de junio 13 de 1960, originario de la alcaldía. Queda definitivamente aprobado que dentro de las funciones principales de la Empresa está la prestación del servicio público de Alcantarillado.

"3.- Debo comenzar exponiendo honorables magistrados que uno de los graves problemas que gravitan sobre la populosa Barranquilla, son los pésimos servicios públicos en todos sus niveles y en especial en el servicio de alcantarillado, que por su magnitud debe ser el más eficiente en esta ciudad, donde llegan toda clase de epidemias por su posición geográfica, y por ser este servicio los pulmones de la ciudadanía.

"4.- Barranquilla, como todos las ciudades del país, tiene sectores sociales altos, medios y bajos; hay un fenómeno singular en los sectores más populares, y es que, son los que más rigurosamente sufren por fallas del servicio público, de allí que el día 5 de octubre de 1984, el niño JOSE LEONARDO LOPEZ TRILLOS, de 2 años y tres meses de nacido, murió asfixiado por inmersión al caerse a una ALCANTARILLA DESTAPADA de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, la cual se encuentra en la Calle 21 con Carrera 30 del Bario Rebolo, en todo el cruce.

"5.- La anterior desgracia tuvo su origen en la sección de mantenimiento de las Empresas Públicas Municipales, cuando a pesar de tener conocimiento de que dicha alcantarilla desde hacia mas de tres meses estaba destapada, no fueron capaces de ir a ponerle la tapa, sin importar el inmenso peligro que se tendría en contra de la comunidad.

"6.- El niño José Leonardo López Trillos se precipitó a lo profundo de la alcantarilla, el día ya señalado siendo las 11:30 A.M., cuando era conducido por su hermano mayor PABLO ANTONIO TRILLOS, de 15 años de edad, cuando éste trató de ir a la tienda a comprarle unos dulces.

"7.- Debe anotarse que el niño a pesar de haber provenido de una cuna humilde en ningún momento fue dejado sólo, es decir, la madre señora Margarita Trillos Narvaez, quien es mi poderdante había salido como de costumbre a trabajar, a buscarle el sustento a sus hijos, dejando a todos sus hijos al cuidado de sus señora madre HERMELINDA NARVAEZ, abuela de éstos.

"8.- Cuando el niño se cae a la alcantarilla, su hermano mayor comienza a gritar pidiendo auxilio y es en ese momento cuando aparece un vecino de nombre RAUL GUERRERO ORTIZ, un hombre joven y sin pensarlo dos veces se lanza a las aguas putrefactas de la mencionada alcantarilla y después de unos 15 minutos aproximadamente logra sacar al hijo de mis poderdantes ya fallecido, este lamentable deceso es comprobado más tarde por el Instituto Seccional Medicina Forense de Barranquilla y es el doctor OSVALDO VELASCO D. Médico Forense quien dictamina la causa de la muerte, "Asfixia por inmersión".

"9.- Este hecho que expongo a ustedes señores Magistrados por haberse producido en horas del medio día y en una calle céntrica de Barranquilla fue presenciado por varias personas, moradores todo de ese barrio y vecinos de mis clientes ellos son: señora CIELO MADRID DE REALES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 32.633.990 de Barranquilla y habita en la Calle 21 No. 30-27, a pocos metros de la alcantarilla, ella vió caer al niño, es una persona capaz, por tanto desde ahora solicito a su señoría se sirva citarle para que deponga todo lo que le conste en relación con este hecho, previo interrogatorio que le estaré formulando verbalmente en el momento de la diligencia, señor EDINSO RAFAEL PEÑARANDA OROZCO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.714.081 de Barranquilla, igualmente vecino del mismo barrio con casa de habitación en la Calle 21 No. 30-45, es una persona lúcida y esta en capacidad de declarar, por ello igualmente pido respetuosamente a ustedes señores Magistrados se sirvan hacerla comparecer para que absuelva el interrogatorio que verbalmente le estaré formulando. En los mismos términos solicito para que ustedes se sirvan citar en orden a que comparezca el señor RAUL ALBERTO GUERRERO ORTIZ a fin de que atestigüe todo lo sucedido en este hecho delictuoso, por la perdida humana de que fue víctima el hijo menor de mis poderdantes, se le puede citar en la calle 17 No. 30-70, barrio Rebolo.

"10.- Las Empresa Públicas Municipales de Barranquilla, son las directamente responsables de la muerte del niño JOSE LEONARDO LOPEZ TRILLOS, porque si oportunamente hubiese puesto la tapa a la aludida alcantarilla, nada hubiera pasado, es decir el hijo de mis mandantes estuviera con vida, y nada se estuviera lamentando, pero desgraciadamente no dejan de presentarse fallas en el servicio público, como esta que eliminan vidas como la de éste infante y producen cierta alarma en el conglomerado social.

"11.- Debe quedar claro que la conducta omisa por parte de las Empresas Públicas Municipales al dejar de ejecutar una obra, como es el de taponar una

alcantarilla destapada, si a esto se abona el hecho que en infinidades (sic) oportunidades los habitantes de este sector con frecuencia llamaban por teléfono a la división de alcantarillado y a la superintendencia de la misma siendo sus teléfonos 364-623 y 363-012, y de aquí siempre respondían evasivamente, engañando a los pobres usuarios informándole de que "ya iban para allá" pero nunca fueron, comentan los testigos señalados anteriormente, que en un mes antes de este siniestro se presentó un camión de dicha empresa, pero así como llegó se fue, es decir no fueron capaces de ponerle la tapa y si ellos salieron con la orden de ponerla ésta tuvo otro destino de donde se desprende que hubo culpa por parte de la mencionada empresa de servicio público al no ser lo suficientemente diligente y cuidadosa en el debido cumplimiento de sus funciones como es el caso del alcantarillado.

"12.- Siguiendo con la atribución de la culpa a cargo de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla en relación con el deficiente servicio de alcantarillado que se estaba prestando a los usuarios en esos momentos cabe anotar que sólo después de la muerte del niño JOSE LEONARDO LOPEZ TRILLOS, pasados dos días fue cuando la parte administrativa del mencionado ente de servicio público autorizó la postura de la tapa de la mencionada alcantarilla y ello en razón de un Editorial del periódico EL Heraldo de Barranquilla, en el que su director el doctor JUAN B. FERNANDEZ RENOWITZKY, en la Edición No. 15.877 de fecha Edición 8 de Octubre de 1984, publicó que "ES UN DELITO DEJAR LAS ALCANTARILLAS DESTAPADAS", ante la terquedad y persistencia por parte del personal administrativo de este servicio de no disponer el taponamiento del abismo de una alcantarilla como es la del bario Rebolo exactamente la comprendida en la Calle 21 con Carrera 30.

"13.- El artículo 1o. del Capitulo 1o. del Decreto no. 191 de 1960, por el cual se aprobaron los Estatutos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla consagra que "La empresa-autonoma constituida por el Acuerdo Municipal No. 24 de 1960, para la dirección, administrativa de los servicios municipales de acueducto, **alcantarillado**, aseo, etc. el subrayado es mío, su prestación está descrita al ente denominado "EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE BARRANQUILLA".

"14.- Al estar este servicio público de alcantarillado atribuido a las EE.PP.MM. de ésta ciudad era lógico suponer que si ya la parte administrativa de las Empresas Públicas Municipales tenían conocimiento de que la alcantarilla siniestra estaba destapada, hombre lo correcto era al menos prevenir a los usuarios colocando señales preventivas, advirtiéndole a sus usuarios la existencia de un peligro inminente como el anotado pero esto tampoco se hizo y mucho menos colocarle la tapa primero tenía que suceder esta lamentable tragedia para corregir la falla del servicio público y ello repito días después de la muerte del niño; es decir que si los medios de comunicación escritas no denuncian el peligro, los muertos hubiesen aumentado.

"15.- Habiendo incurrido las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla en responsabilidad al dejar de ponerle la tapa a la alcantarilla siniestra del barrio Rebolo, permaneciendo este hueco en plena vía pública, por varios días, semanas y meses, a consecuencia de lo cual se produjo la muerte de José Leonardo López Trillos, es conclusión lógica y legal que la mencionada Empresa de Servicio Público, debe reparar e indemnizar plenamente los graves perjuicios que por causa del accidente sufrieron y los que seguirán sufriendo mis poderdantes.

"16.-El hecho demandado, reviste tanta importancia que todos los medios de comunicación divulgaron esta alarmante falla en el servicio público reseñando el insigne editorialista anotado anteriormente... "Y no es la primera vez que así acontece en Barranquilla, en donde todavía se recuerda el idéntico percance mortal que sufrió hace dos años el doctor Enrique Otero Da'Costa.

"17.- De conformidad a lo expuesto en el numeral anterior presento como un medio probatorio de que efectivamente la alcantarilla tantas veces señalada estaba destapada un ejemplar del periódico EL HERALDO, editando bajo el No. 15.875 el día sábado 6 de Octubre de 1.984, donde aparece en su primera página la ALCANTARILLA DESTAPADA, de la Calle 21 con Carrera 30, es bastante disiente est fotografía, con un titular del periodista Manuel Pérez que dice "Muere niño al caer a una alcantarilla". debe observarse un hecho notorio y es que en ese momento dicha alcantarilla todavía permanecía destapada no obstante haberse suprimido una vida. El anterior ejemplar lo aporto autenticado.

"18.- Cuando la señora Margarita Esther Trillos Narvaez, llegó a su casa, para darle de comer a sus hijos se encuentra con semejante drama su hijo menor yacía muerto, tendido sobre una mesa en medio de la sala de la humilde vivienda. El niño fallecido deja cuatro hermanos, menores de edad todos de conformidad a los registros civiles que acompaño en los anexos, ellos son: PABLO ANTONIO y VIVIANA ISABEL TRILLOS, hermanos maternos y MERLINDA DEL CARMEN y RAFAEL DARIO LOPEZ TRILLOS hermanos carnales, todos los cuales deben ser indemnizados en perjuicios morales en la mitad de lo que le corresponda a los padres así: los maternos en la mitad de los que le corresponda a los carnales Ley 29 de 1982 Art. 5 y 10, reformatorios de las Reglas relativas a la sucesión, todo esto en relación al parentesco.

"19.- El día 8 de Octubre de 1984 la señora MARGARITA ESTHER TRILLOS N., se presentó a las dependencias del F-2 y formuló Denuncia Penal contra la señora gerente doctora Carmen Arevalo Correa por el delito de homicidio en la persona de su hijo, investigación que le tocó adelantar al Juzgado Once de Instrucción Criminal, donde la señora gerente no supo dar explicaciones satisfactorias el porqué la alcantarilla desde hacía meses venia destapada.

"20.- En la declaración que rinde la señora gerente traslada la culpa de éste hecho al ingeniero JOSE PIANETA, Jefe de la División de Alcantarillado,

quien és el que tiene el control de estos registros, pero al mismo tiempo expresa que ya le habían informado de los robos continuos de que eran objeto las tapas de las alcantarillas entonces lo que cabe preguntarnos es si la mera denuncia era suficiente para garantizar el servicio de alcantarillado a los usuarios o si por el contrario la gerente de las Empresas Públicas Municipales estaba en la obligación administrativa de solicitarle por escrito al señor jefe de la Policía Judicial de esta ciudad para que este le prestara el concurso de la fuerza pública en otros términos considero que la señora Gerente tuvo una conducta negligente al igual que el señor Jefe de la División de Alcantarillados para prevenir y corregir estas fallas en la prestación del servicio público.

"21.- De todas maneras señores Magistrados ya haya sido por robo o hurto, trabajos inconclusos, o alguna otra causa, es un hecho cierto que esta alcantarilla tenía sus buenos días de venir destapada como lo afirman Margarita Esther Trillos (sic) Narvaez, residente en la calle 21 No. 29-140, cuya declaración presentada en el F-2, aporto a esta causa, en ella se observa la burla por parte de las Empresas en no ponerle atención a los habitantes de ese sector cuando estos continuamente llamaban por teléfono y siempre les respondían: "va para alla", cosa que nunca sucedió, también es un fiel testimonio la declaración de LUIS EDUARDO SANJUAN y la que rinde CIELO CINITH MADRID DE REALES, quienes sostienen que dicha alcantarilla venia destapada desde hacia tiempo, estas declaraciones están incorporadas al proceso penal y por ello las aporto como prueba a este expediente pidiendo a ustedes señores magistrados para que se sirvan hacer citar a todos estos declarantes incluso a mi cliente para que ratifique sus testimonios y absuelvan el interrogatorio que verbalmente les formule en dichas diligencias, sus direccíones son: Carrera 30 No. 21-22 y Calle 21 No. 30-27, respectivamente.

"23.- Por otra parte la señora Gerente aporta tres denuncias de carácter penal por hurto de alcantarillas y en ninguna de esas denuncias figura hurtada la tapa de la alcantarilla de la Carrera 30 con Calle 21, de donde se desprende que fué un trabajo inconcluso al dejar de ponerle la tapa, así lo demuestran las versiones de los testigos que he enumerado.

"24.- El Acta del Levantamiento del Cadáver del niño José Leonardo Lopez Trillos, cuya copia figura en sus anexos, prueba legalmente que este siniestro se produjo en el hueco de la tan mentada alcantarilla y su deceso se produjo por asfixia por inmersión y no por otra causa.." (folios 64 a 71 C.1).

2.- **Trámite de la primera instancia**.- El a-quo dio curso a la demanda y notifico el auto admisorio al Gerente de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla (fl. 85), la cual, mediante apoderado especial, la contestaron y solicitaron fallo absolutorio por no ser responsable del daño; (fls. 87 a 92); las pruebas pedidas por la parte demandada, conjuntamente con las de la actora, fueron decretadas por medio del proveído de 26 de agosto de 1985, siendo allegados de manera regular y oportuna al proceso (fl. 24 del C. de pruebas).

Vencido el término probatorio se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y rindiera su concepto de fondo, respectivamente (fls. 127 C. de pruebas).

El mandatario judicial de los actores solicitó se profiriera sentencia condenatoria acogiendo las súplicas de la demanda cuyos presupuestos fácticos están demostrados "Ante el inmenso y caudaloso arsenal probatorio recopilado a lo largo y ancho de esta etapa clausurada, en que se ha demostrado hasta la sociedad que la muerte del niño JOSE LEONARDO TRILLOS hijo menor de mis poderdantes, se produjo el día 5 de octubre de 1984, a las 12:00 horas aproximadamente, asfixiado por inmersión como consecuencia directa de un concurso de irregularidades, actuaciones omisivas y conductas culposas, así como graves faltas y en general protuberantes fallas en la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado a cargo de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, al permitir que la caja de registro de los servicios ya mencionados, ubicados en todo el cruce de la calle 21 con la carrera 30, barrio Rebolo, permaneciera tanto tiempo destapada convirtiéndose su boca o fauce en ese largo transcurrir en una eficiente y peligrosa trampa humana". La falla del servicio, según él, está agravada por el descuido de la administración para reparar el daño o colocar las vallas de peligro, y no atender las quejas que telefónicamente le hicieron los usuarios del servicio (fls. 140 a 152).

La apoderada de la entidad demandada, pide negar las pretensiones,pues las pruebas que se aportaron con el propósito de acreditar la responsabilidad de la administración son deficientes e inocuas, al revés de las aportadas por la entidad, que son demostrativas de su actuación oportuna y diligente. Arguye que la parte actora no presentó prueba alguna que demostrase los perjuicios materiales reclamados y manifiesta la no procedencia de la aplicación del artículo 107 del Código Penal en estos procesos; añade que el padre de la víctima no tiene derecho a los perjuicios morales dado que, para la época de los hechos no estaba cumpliendo con las obligaciones inherentes a su condición. (fls. 133 a 139).

Los planteamientos y conclusiones de la Fiscalía ante el Tribunal coinciden en lo esencial con los de la parte actora, por lo cual estima que se debe acceder a las pretensiones deprecadas; de su concepto, ameritan mencionarse las siguientes reflexiones finales:

> "Solamente nos queda por analizar el argumento de que los padres del menor ahogado son los culpables de su muerte, y no la omisión de las Empresas Públicas Municipales en mantener tapada la red del alcantarillado. Podemos utilizar una verdad axiomática: si las Empresas Públicas Municipales hubiesen cumplido su deber de anular el peligro, la alegada conducta descuida de los padres no hubiera conducido a la muerte del menor; mientras que si los padres hubieran mantenido una vigilancia extremadamente sobre el niño, el peligro creado por las Empresas Públicas se hubiera mantenido. Esto es, que la alegada conducta indebida de los padres no bastaba para crear un peligro a la vida de sus hijo si las empresas públicas observaban una conducta debida, mientras

quien és el que tiene el control de estos registros, pero al mismo tiempo expresa que ya le habían informado de los robos continuos de que eran objeto las tapas de las alcantarillas entonces lo que cabe preguntarnos es si la mera denuncia era suficiente para garantizar el servicio de alcantarillado a los usuarios o si por el contrario la gerente de las Empresas Públicas Municipales estaba en la obligación administrativa de solicitarle por escrito al señor jefe de la Policía Judicial de esta ciudad para que este le prestara el concurso de la fuerza pública en otros términos considero que la señora Gerente tuvo una conducta negligente al igual que el señor Jefe de la División de Alcantarillados para prevenir y corregir estas fallas en la prestación del servicio público.

"21.- De todas maneras señores Magistrados ya haya sido por robo o hurto, trabajos inconclusos, o alguna otra causa, es un hecho cierto que esta alcantarilla tenía sus buenos días de venir destapada como lo afirman Margarita Esther Trillos (sic) Narvaez, residente en la calle 21 No. 29-140, cuya declaración presentada en el F-2, aporto a esta causa, en ella se observa la burla por parte de las Empresas en no ponerle atención a los habitantes de ese sector cuando estos continuamente llamaban por teléfono y siempre les respondían: "va para alla", cosa que nunca sucedió, también es un fiel testimonio la declaración de LUIS EDUARDO SANJUAN y la que rinde CIELO CINITH MADRID DE REALES, quienes sostienen que dicha alcantarilla venia destapada desde hacia tiempo, estas declaraciones están incorporadas al proceso penal y por ello las aporto como prueba a este expediente pidiendo a ustedes señores magistrados para que se sirvan hacer citar a todos estos declarantes incluso a mi cliente para que ratifique sus testimonios y absuelvan el interrogatorio que verbalmente les formule en dichas diligencias, sus direcciones son: Carrera 30 No. 21-22 y Calle 21 No. 30-27, respectivamente.

"23.- Por otra parte la señora Gerente aporta tres denuncias de carácter penal por hurto de alcantarillas y en ninguna de esas denuncias figura hurtada la tapa de la alcantarilla de la Carrera 30 con Calle 21, de donde se desprende que fué un trabajo inconcluso al dejar de ponerle la tapa, así lo demuestran las versiones de los testigos que he enumerado.

"24.- El Acta del Levantamiento del Cadáver del niño José Leonardo Lopez Trillos, cuya copia figura en sus anexos, prueba legalmente que este siniestro se produjo en el hueco de la tan mentada alcantarilla y su deceso se produjo por asfixia por inmersión y no por otra causa.." (folios 64 a 71 C.1).

2.- **Trámite de la primera instancia**.- El a-quo dio curso a la demanda y notifico el auto admisorio al Gerente de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla (fl. 85), la cual, mediante apoderado especial, la contestaron y solicitaron fallo absolutorio por no ser responsable del daño; (fls. 87 a 92); las pruebas pedidas por la parte demandada, conjuntamente con las de la actora, fueron decretadas por medio del proveído de 26 de agosto de 1985, siendo allegados de manera regular y oportuna al proceso (fl. 24 del C. de pruebas).

Vencido el término probatorio se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y rindiera su concepto de fondo, respectivamente (fls. 127 C. de pruebas).

El mandatario judicial de los actores solicitó se profiriera sentencia condenatoria acogiendo las súplicas de la demanda cuyos presupuestos fácticos están demostrados "Ante el inmenso y caudaloso arsenal probatorio recopilado a lo largo y ancho de esta etapa clausurada, en que se ha demostrado hasta la sociedad que la muerte del niño JOSE LEONARDO TRILLOS hijo menor de mis poderdantes, se produjo el día 5 de octubre de 1984, a las 12:00 horas aproximadamente, asfixiado por inmersión como consecuencia directa de un concurso de irregularidades, actuaciones omisivas y conductas culposas, así como graves faltas y en general protuberantes fallas en la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado a cargo de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, al permitir que la caja de registro de los servicios ya mencionados, ubicados en todo el cruce de la calle 21 con la carrera 30, barrio Rebolo, permaneciera tanto tiempo destapada convirtiéndose su boca o fauce en ese largo transcurrir en una eficiente y peligrosa trampa humana". La falla del servicio, según él, está agravada por el descuido de la administración para reparar el daño o colocar las vallas de peligro, y no atender las quejas que telefónicamente le hicieron los usuarios del servicio (fls. 140 a 152).

La apoderada de la entidad demandada, pide negar las pretensiones,pues las pruebas que se aportaron con el propósito de acreditar la responsabilidad de la administración son deficientes e inocuas, al revés de las aportadas por la entidad, que son demostrativas de su actuación oportuna y diligente. Arguye que la parte actora no presentó prueba alguna que demostrase los perjuicios materiales reclamados y manifiesta la no procedencia de la aplicación del artículo 107 del Código Penal en estos procesos; añade que el padre de la víctima no tiene derecho a los perjuicios morales dado que, para la época de los hechos no estaba cumpliendo con las obligaciones inherentes a su condición. (fls. 133 a 139).

Los planteamientos y conclusiones de la Fiscalía ante el Tribunal coinciden en lo esencial con los de la parte actora, por lo cual estima que se debe acceder a las pretensiones deprecadas; de su concepto, ameritan mencionarse las siguientes reflexiones finales:

> "Solamente nos queda por analizar el argumento de que los padres del menor ahogado son los culpables de su muerte, y no la omisión de las Empresas Públicas Municipales en mantener tapada la red del alcantarillado. Podemos utilizar una verdad axiomática: si las Empresas Públicas Municipales hubiesen cumplido su deber de anular el peligro, la alegada conducta descuida de los padres no hubiera conducido a la muerte del menor; mientras que si los padres hubieran mantenido una vigilancia extremadamente sobre el niño, el peligro creado por las Empresas Públicas se hubiera mantenido. Esto es, que la alegada conducta indebida de los padres no bastaba para crear un peligro a la vida de sus hijo si las empresas públicas observaban una conducta debida, mientras

que la conducta indebida de las Empresas Públicas creaba un peligro que se mantenía o se hubiera mantenido a pesar de que los padres hubieran observado un cuidado riguroso. El riesgo, el peligro, no fué creado por los usuarios y transeúntes; el peligro fué creado por quien debiendo neutralizarlo no lo hizo." (fol. 132 C.2).

3.- **El fallo consultado**.- El *a-quo* adoptó las determinaciones que se transcribieron en la parte inicial de esta sentencia luego de historiar los antecedentes y de hacer un serio y detenido análisis de cada uno de los aspectos materia de esta controversia.

Siguiendo la jurisprudencia de la sala, el Tribunal sitúa el asunto bajo el régimen de la falla o falta probada del servicio,. cuyos tres elementos encuentra perfectamente configurados en el plenario. Respecto de la falla del servicio expresa:

"De sus dichos (de los testigos) fluye con claridad lo siguiente: que tres meses antes del 5 de Octubre de 1984 operarios de las Empresas Públicas Municipales se habían llevado la tapa del registro de la alcantarilla ubicado en la calle 21 con carrera 30 de esta ciudad para repararla y no la regresaron sino después de esa fecha que el menor José Leonardo López Trillos cayó en dicho registro destapado aproximadamente a las 11.30 a.m. del día 5 de octubre de 1984 cuando iba en compañía de su hermano Pablo Antonio Trillos y al tropezar con un tronco de palo o arbol de coco; que el registro de la alcantarilla estaba cubierto de agua; que el menor fué sacado por el señor Raul Guerrero por un registro que queda contiguo; que fué llevado al hospital pero ya iba ahogado; que la tapa del registro de la alcantarilla fué colocada tres días después del ahogamiento del menor." (fol. 111 C. 1).

Agrega que la administración no logró desvirtuar la falla del servicio, y que los hechos alegados como eximentes de la responsabilidad no fueron probados. Este punto lo finaliza diciendo: "Se colige de lo precedente que la omisión administrativa descrita implicó la transgresión del artículo 2o. del Acuerdo número 24 del 23 de mayo de 1960 que señala a cargo de la demandada la prestación del servicio de acueducto y consecuencialmente del artículo 16 de la constitución Nacional".

Concluye luego que el daño y su relación causal con la falla están demostrados toda vez que al caer en el registro de válvula murió ahogado el menor, circunstancia de la cual dan cuenta la diligencia de autopsia lo mismo que el registro de defunción visible a los folios 17 y 38 del C. Principal.

Encontró probada la legitimación en la causa y reconoció los perjuicios morales conforme a lo pedido en la demanda limitándola en el caso de los hermanos maternos para no incurrir en un fallo ultra petita, al tenor de lo dispuesto en el artículo 170 del C.C.A.

Negó los perjuicios materiales, pues dedujo que no se causaron.

4.- **Los alegatos en el grado de consulta.**- En el término correspondiente la demanda guardó silencio; el apoderado de la parte actora hizo llegar el escrito agregado a los folios 120 a 122, en el cual, después de sintetizar y reiterar los planteamientos que había hecho en el curso de la actuación píde confirmar en todas sus partes el fallo dictado por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico.

Para el agente del Ministerio Público, Doctor Fernando Ospina Henao, el a-quo estuvo acertado en los análisis y conclusiones en que basa su decisión y en consecuencia estima que se debe confirmar el fallo consultado. En apoyo de su petición, el Agente del Ministerio Público discurre de la siguiente manera:

> "Resulta claro que las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, incurrieron con su negligencia en omisión al no instalar la correspondiente tapa y haber evitado de esta manera la tragedia en la cual resultó muerto el menor JOSE LEONARDO LOPEZ TRILLOS. Los declarantes son enfáticos en afirmar que llamaban a las Empresas solicitando pusieran la tapa sin obtener ningún resultado. Fué necesario el sacrificio del menor para que procedieran a la colocación de la tapa.
>
> "Se evidencia así, la falla en el servicio, al acreditarse la conducta por omisión en que incurrió la administración, el daño ocasionado y la relación de causalidad entre uno y otro, motivo por el cual se impone la correspondiente indemnización para los perjuicios." (fol. 129 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

La Sala confirmará el fallo objeto de la consulta pues son concretamente tanto el análisis como las conclusiones que tuvo en cuenta el a-quo para declarar la responsabilidad patrimonial de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla en la muerte del niño JOSE LEONARDO LOPEZ TRILLOS; atinó también el Tribunal en la evaluación de los supuestos que dán derecho a los demandantes a obtener la reparación de los perjuicios morales subjetivos en su condición de padres y hermanos de la victima.

La realidad recogida a través de los diversos medios de convicción coincide en lo esencial con la situación fáctica que se relata en el libelo inicial y demuestra los siguientes hechos:

1o.- Para la prestación del servicio de alcantarillado la demandada tenía instalada una caja de registro de válvulas en la calle 21 con la carrera 30, barrio Rebolo, en la ciudad de Barranquilla.

Aproximadamente tres meses antes del accidente, la tapa de esa instalación sufrió algunas averías siendo retirada por los operarios de la entidad; quedó, pues, al

descubierto un amplio hueco al que no se le colocò señal alguna de peligro; los vecinos y los transeuntes de ese céntrico lugar de la ciudad solicitaron repetida e infractuosamente al organismo administrativo taponara la caja.

2o.- Alrededor de las 11.30 del día 5 de octubre de 1984, cuando pasaba en compañía de uno de sus hermanos, el niño de 2 años y 3 meses de edad tropezó con un tronco y cayó a lo profundo de la caja del alcantarillado, anegado a la sazón, muriendo asfixiado por inmersión, como se constata del protocolo de la necropsia, del acta de levantamiento del cadáver y en el registro civil de defunción (folios 17, 18 y 38 del C. principal).

Consumado el daño la Empresa finalmente decidió cubrir la peligrosa trampa.

La administración incumplio la obligación de atender adecuadamente todo lo concerniente a la prestación del servicio a su cargo y la de proveer al buen funcionamiento y reparación de las redes de conducción de aguas servidas para impedir, que se produjeran este tipo de accidentes.

En las circustancias en que ocurrió la tragedia el daño producido es imputable únicamente a la administración; por la incontrovertible y palmaria deficiencia que demostró en la prestación del servicio a su cargo; por la lentitud en cubrir el hueco que exponía a las personas a sufrir esta clase de percances que, con una mediana diligencia, eran perfectamente evitables; por no adoptar medidas transitorias con el fin de impedir el acceso de las personas a ese sitio, en fin, por no tener el cuidado de colocar vallas que previnieran el peligro creado.

Valoradas y apreciadas en su conjunto las pruebas allegadas se debe concluir que la demandada no logró demostrar ninguna de las causales exonerativas de su responsabilidad tales como fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la propia víctima; no es de recibo el planteamiento de la administración, según la cual la calamidad tuvo como causa eficiente el robo de la plancha que debía cubrir la caja y el descuido de los padres del occiso, pues no solo no se comprobó ninguna de tales hipótesis sino que de haber estado sellada la instalación o clausurado el acceso hasta ella, es evidente que la caida del niño no se hubiese producido.

Visto lo anterior, es claro que en el asunto *sub-lite* se hallan debidamente reunidos los presupuestos axiológicos que comprometen la responsabilidad patrimonial de la administración por la falla o falta probada del servicio.

Los demandantes acreditaron su interes para obrar en el proceso con los certificados de registro civil de nacimiento y en particular con las declaraciones que dan cuenta de las relaciones de la familia LOPEZ TRILLOS y el occiso.

LA CONDENA AL PAGO DE LOS PERJUICIOS MORALES

Sobre este particular, el Tribunal tuvo en cuenta los lineamientos trazados por la Sala y no hay observación que hacer a su reconocimiento. El precio del gramo de oro, será el nacional que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Las cantidades liquidadas por perjuicios morales, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de ese término.

En merito de lo expuesto, oído el concepto de Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMASE la sentencia consultada, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlantico, el 6 de agosto de 1.990.

SEGUNDO.- El precio del gramo de oro para el pago de la condena por perjuicios morales, será el interno para la fecha de ejecutoria de este fallo, que certificará el Banco de la República, documento que se deberá acompañar a la respectiva cuenta de cobro.

Las sumas así liquidadas por perjuicios morales, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de ese término.

TERCERO.- Desé cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirá copia de la sentencia con constancia de su ejecutoria, con destino a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla y a la parte actora (art, 115 del C. de P. Civil).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 5 de Noviembre de 1.992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA
-Arma oficial

En el *sub-lite* la prueba testimonial constituye el fundamento más sólido para afirmar la falla del servicio que se deriva de la actitud absolutamente irregular como culminó el operativo. Los acontecimientos postreros y fatales, cuyos móviles quedaron desconocidos en la actuación, se dieron cuando una vez los delincuentes comprendieron la superioridad numérica de la fuerza pública y que estaban acorralados, optaron por rendirse en procura de salvar sus vidas lo hicieron cubriéndose o rodeándose de familiares y amigos. Entonces, requisados, esposados y absolutamente inermes, fueron conducidos al interior de su residencia en donde agentes oficiales y con sus armas de dotación les segaron la vida. El daño fue producido cuando ya no era imperativo el uso de las armas oficiales y menos ineludible e inevitable segar la vida de quienes sí bien se encontraban al margen de la ley, tenían todo el derecho y sus captores la obligación de respetarles la vida, es decir, nada indica que la muerte fuera el desenlace previsible para quienes estaban enteramente sometidos por la fuerza pública.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.
Santafé de Bogotá, D.C., doce de noviembre de mil novecientos noventa y dos

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

REF: EXPEDIENTE No.7170. ACTOR: BERLINA PERDOMO DE FERIZ Y OTROS

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la setencia de 20 de septiembre de 1.991, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca Sección Segunda, mediante la cual dispuso :

"PRIMERO: Declarar administrativamente responsable a la Nación - Policia Nacional-, por la muerte violenta de que fueron objeto los señores EDGAR FERIZ PERDOMO Y FERNANDO MEZA CARDONA en hechos ocurridos en la ciudad de Cali el día 16 de diciembre de 1.986 ocasionados por agentes de la Policía Nacional.

"SEGUNDO: Como consecuencia de los anterior, se condena a la Nación Policía Nacional - a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES a favor de BERLINDA PERDOMO DE FERIZ, AMPARO GARCIA DE FERIZ y al menor DANIEL ANDRES FERIZ GARCIA representado por la última, la cantidad de un mil (1.000) grs. Oro fino para cada uno, y para IRMA FERIZ PERDOMO, MARIA NEDDA FERIZ DE ARCINIEGAS, EDUARDO FERIZ PERDOMO, NORMA FERIZ PERDOMO, ARMANDO FERIZ PERDOMO, BERLINDA FERIZ PERDOMO, ALVARO FERIZ PERDOMO, HUMBERTO FERIZ PERDOMO, GUSTAVO FERIZ PERDOMO, JAIME FERIZ PERDOMO, ORLANDO MESA CARDONA, LUIS CARLOS MEZA CARDONA Y FERNELY MEZA CARDONA, de a quinientos (500) gramos oro fino para cada uno, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha en que quede en firme esta sentencia.

"TERCERO: No se ordena reconocimiento de PERJUICIOS MATERIALES en razón de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"CUARTO: Desé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"QUINTO: Si no es apelada, CONSULTESE", (Fols. 155 y 156).

I.-ANTECEDENTES PROCESALES

1. Las demandas

Con fecha de 10 de junio y 23 de noviembre de 1988, BERLINDA PERDOMO DE FERIZ, MARIA NEDDA FERIZ DE ARCIEGAS, NORMA FERIZ PERDOMO DE PAEZ, IRMA BERLINDA, ARMANDO, BERLINDA, ALVARO, HUBERTO, GUSTAVO Y JAIME FERIZ PERDOMO, AMPARO GARCIA DE FERIZ, ésta actuando en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad DANIEL ANDRES FERIZ GARCIA, y por otra parte HERIBERTO MEZA. ANA MARIA CARDONA, ORLANDO, LUIS CARLOS Y FERNELY MEZA CARDONA, VICTORIA EUGENIA MORA, ésta última actuando en nombre propio y en el de su hijo el menor de edad EDISON FERNANDO MEZA MORA, todos obrando por conducto de apoderado legalmente constituído y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 de C.C.A., formularon demanda en contra de LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL.

Solicitan declarar a la entidad pública administrativa y patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios que se les causaron a raíz de la muerte violenta para el primer grupo familiar de su hijo, hermano, cónyuge y padre legitimo EDGAR FERIZ PERDOMO, y para el segundo grupo familiar nombrado de su hijo y hermano legitimo, compañero permanente y padre extramatrimonial FERNANDO MEZA CARDONA, según hechos ocurridos el 16 de diciembre de 1986, en el área urbana de la ciudad de Cali en el departamento del Valle del Cauca, los cuales fueron protagonizados por destacamento integrado por más de 100 unidades de la Policia Nacional y de manera particular, por el sargento RODRIGO MUÑOZ ECHEVERRY y las unidades de mando.

Como consecuencia de esas muertes derivadas de la imposición de la pena capital por parte de las unidades policiales que intervinieron en el operativo, que se imputan a una falla del servicio de aquel organismo integrante de la fuerza pública, solicitan condenar a la demanda a pagarles la indemnización a que consideran tiene derecho conforme a los siguientes factores: a- Por perjucios morales subjetivos, petium doloris, la suma equivalente en los colombianos a un mil (1.000) gramos de oro fino, a cada uno de ellos; b.- Por perjuicios patrimoniales directos o daño emergente consistente en gastos de funerales, diligencias judiciales, honorarios de abogado, de elementos destruídos y de los apropiados indebidamente por los agentes como anillos y otros objetos de oro, la suma de $ 3.000.000 para cada grupo familiar; d.- Los intereses que causen sobre la condena por perjuicios materiales , aumentados con la variación promedio mensual del indice de precios al consumidor.

2.- Fundamentos de Hecho

Aparecen relacionados a los folios 28 a 31 del expediente 15.594 como el expediente acumulado a aquél No. 15.910 y se reduce en sintesis a lo siguiente:

1. EDUARDO FERIZ Y BERLINDA PERDOMO, contrajeron matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica, el 11 de marzo de 1939. De esa unión procrearon a los siguientes hijos legítimos : IRMA BERLINDA, el 30 de enero de 1941; MARÍA NEDDA, el 11 de mayo de 1942; EDUARDO, el 13 de diciembre de 1943; NORMA, el 15 de abril de 1945; ARMANDO, el 14 de abril 1946; BERLINDA, el 25 de junio de 1947; ALVARO, el 14 de octubre de 1948; HUMBERTO, el 8 de abril de 1950; GUSTAVO , el 20 de septiembre de 1952. JAIME, el 1 de enero de 1954 y EDGAR FERIZ PERDOMO, el 28 de septiembre de 1957.

El último de los citados y AMPARO GARCÍA MILÁN, también contrajeron matrimonio conforme a los ritos de la Iglesia Católica, en ceremonia realizada el 22 de diciembre de 1984; de esa relación. nació como hijo DANIEL ANDRÉS FERIZ GARCÍA, hijo legítimo el 2 de Noviembre de 1985.

La familia FERIZ PERDOMO desarrolló una extraordinaria unidad que se pone de relieve al compartir sus alegrías y socorrerse y ayudarse en sus necesidades.

EDGAR FERIZ siempre se distinguió como un excelente hijo, hermano, esposo y padre; en el medio productivo demostró excelentes condiciones para ejercer el comercio habiéndose dedicado a la venta de joyería ambulante, actividad que le permitía obtener unos ingresos promedio de $ 150.000 pesos mensuales , los que destinada a su propio sostenimiento y el de los suyos.

Con motivo de su muerte violenta y prematura, sus familiares cercanos se vieron afectados moralmente pues se les arrebate la vida de un ser querido, en circunstancias arbitrarias, ilegales y en forma criminal; materialmente los perjuicios para su esposa e hijo son innegables puesto que quedaron en total abandono y miseria pues sus entradas económicas en su totalidad provenían del occiso.

2.HERIBERTO MEZA Y ANA MARÍA CARDONA, contrajeron matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica; de esa unión procrearon tres hijos legítimos; ORLANDO, LUIS CARLOS, FERNELLY MEZA CARDONA.

La victima y VICTORIA EUGENIA MORA, se relacionan y procrearon en unión libre al menor EDISON FERNANDO MEZA MORA, reconocido como Hijo extramatrimonial por el occiso. Padre e hijos de la familia MEZA CARDONA, desarrollaron magnificas relaciones de socorro, ayuda mutua y colaboración. La muerte de FERNANDO MEZA CARDONA, causó serios y graves perjuicios morales a todos sus familiares; en lo material , afectó particularmente en un todo la ayuda económica que aquél les brindaba.

Las circunstancias concretas que rodearon los trágicos sucesos, están relatados de la manera siguiente:

" 7o.- Hacia las 6:30 de la mañana del día martes 16 de diciembre de 1986 el SR. EDGAR FERIZ PERDOMO se aprestaba en su hogar, en la ciudad de Cali, para viajar con su esposa AMPARO GARCÍA y con el SR. FERNANDO MEZA al puerto de Buenaventura con el objeto de negociar algunas joyas de oro, cuando de improvisto la manzana en que vivía se vio rodeada por efectivos de la Policía Nacional, en número superior a 100 unidades, vistiendo la mayoría de ellos sus uniformes reglamentarios y por tanto sus armas de dotación oficial (revólveres, carabinas y metralletas), y otros vistiendo de civil, pues eran unidades adscritas al F-2, procedieron a hacer numerosos diparos contra la residencia de EDGAR FERIZ PERDOMO, poniendo en evidente peligro la vida de los residentes ahí, sitio donde buscaron refugio los Sres FERNANDO MEZA Y JHONNY GIRÓN, quienes comunicaron que era la policía que estaba disparando, sin que hubiese motivo alguno para tan arbitrario proceder.

" 8o.- Afrontaron la muerte todos los que estaban en el interior de la residencia resolviendo salir a la calle, llevaron a AMPARO DE FERIZ a su pequeño hijo DANIEL ANDRÉS, en sus brazos, comprobándose que, efectivamente, era la Policía Nacional la autora del desafuero que se estaba cometiendo y distin-

guiéndose al sargento *RODRIGO MUÑOZ ECHEVERRI*, quien ya era conocido por varios de los presentes, como el militar que dirigía la criminal operación.

" 9o.-Los policías de inmediato procedieron a separar del grupo a los Srs. *EDGAR FERIZ PERDOMO* y *FERNADO MEZA*, a quienes golpearon brutalmente en plena calle y a la vista de numeroso público y después de hacer un simulacro de llevarselos en un taxi, resolvieron volver con ellos hacia el interior de la residencia, estando en completo estado de indefensión, pues iban desarmados, golpeados y presionados por cerca de 15 policías, y segundos después de que fueron introducidos a la casa se escucharon numerosas detonaciones de arma de fuego en el interior de la misma, para luego salir a la calle nuevamente los miembros de la Policía Nacional, pero ya sin sus retenidos, comprobándose luego por familiares y amigos que en la sala de la casa estaba el cadáver de *EDGAR FERIZ PERDOMO*, y el de *FERNADO MEZA* en última de sus habitaciones, uno y otro destrozados inmisericordemente por incontables balazos, con lo cual se demostraba que la policía había cometido en forma fría y calculada un mostruoso asesinato.

" 10o.-Cometido el crimen anterior, los mismos policiales comandados por el Sargento *RODRIGO MUÑOZ ECHEVERRI* y con la intervención, entre otros, de los agentes Chávez (del F-2), *JUAN FLOREZ* (a. Juan Pistolas), N.Monedero y *NELSON LÓPEZ URREGO*, penetraron en la residencia y se apoderaron de anillos, cadena, pulseras y dijes de oro por valor aproximado de $ 2.000.000, de una cámara fotográfica de $ 120.000 y de otros objetos del hogar, como juego de cubiertos, un radio, un secador, ropas nuevas de hombre y mujer etc., y destrozaron los muebles (camas, comedor, sala y armarios, causando perjuicios en total por un valor aproximado de $ 3.000.000, y se llevaron retenida a la esposa del difunto *EDGAR, (SRA. AMPARO GARCÍA)* y algotros (sic) familiares, retención injusta que se prolongó hasta las primeras horas de la noche del 16 de diciembre de 1986.

" 11o.- El Sargento RODRIGO MUÑOZ ECHEVERRI manifestó a la Sra. AMPARO GARCIA y a otros circundantes que habían procedido así porque tenían orden de matar a EDGAR FERIZ PERDOMO y a FERNANDO MEZA, pues tenían datos de que habían intervenido en el atraco a una empresa comercial y que a gente así había que matarla.

" 12o.- Indiscutiblemente, el proceder del Sargento *RODRIGO MUÑOZ ECHEVERRI* y de su personal subalterno que actuó en el operativo del 16 de diciembre de 1986 en el barrio Gaitán de Cali, dando muerte a los Sres. *EDGAR FERIZ PERDOMO* y *FERNANDO MEZA*, constituye una grave e inocultable falla en el servicio, pues los miembros de la Policía Nacional procedieron a imponer en forma arbritaria y criminal una pena no establecida por las leyes de Colombia y, por el contrario, prohibida por la propia Constitución Nacional, como lo es la pena de muerte.

«No existía orden de autoridad competente que se realizara la retención del Sr, *EDGAR FERIZ PERDOMO* ni de *FERNANDO MEZA*, y mucho menos de su esposa *AMPARO GARCÍA* y de las otras personas que fueron afectadas arbitrariamente por tal medida, y tampoco existía orden judicial de allanamiento, por lo cual dichas autoridades incurrieron en nuevas fallas en el servicio; mucho menos podrían tener autorización judicial ni para hurtarse los objetos de valor que encontrasen en la residencia arbitrariamente allanada, ni para asesinar fríamente a los ciudadanos mencionados, ya que sí existía algún motivo legal para la retención de ellos, esa misión se habría podido cumplir sin causar el trauma social y familiar que la actuación de la Policía Nacional provocó, pues ninguna resistencia se opuso por los hoy difuntos, ni portaban arma de cualquier naturaleza que pudiese haber puesto en peligro ni la vida ni la integridad física de los agentes, a más de que en el momento de sus muertes estaban sometidos a una total impotencia e indefensión ". (Fols. 29 a 31).

3.- La actuación procesal en la primera instancia.-

Practicada la notificación del auto admisorio de la demanda a la Nación - Ministerio de Defensa- *POLICÍA NACIONAL*, comparecieron al proceso mediante apoderado especial, quien se abstuvo de contestar la demanda y únicamente se limitó a pedir pruebas en el entonces proceso número 15.194 (Fols. 48 y 49 del Cdno. Ppal); éstas conjuntamente con las de la parte actora, fueron decretadas por autos de 1 de marzo de 1989 y 6 de agosto de 1990 (Fols. 51 a 53 del C. Ppal y 56 a 57 del C.2).

Transcurrido el término que les fue concedido para acreditar los supuestos fácticos en que se apoyan tanto las súplicas de las demandas como la inpugnación , se corrió traslado del proceso a fin de que las parte pudieran presentar sus alegatos de conclusión y así mismo que la fiscalía rindieran su vista de fondo (Fol.91); para esta oportunidad procesal, la demanda guardó silencio.

El procurador judicial de la parte actora presentó el memorial visible a los folios 116 a 123, en el que se solicita resolver favorablemente las súplicas impetradas en las demandas en vista a que se hallan reunidos a cabalidad los elementos que conducen inevitablemente a dictar sentencia condenatoria en contra de la administración por los perjuicios ocasionados a la parte actora como son: Una falla o falta del servicio, el daño y la relación de causalidad entre aquella y éste.

Refiriéndose al primero de ellos, subraya que con las pruebas legalmente producidas en el curso de la actuación resulta demostrado que el crimen fue cometido por agentes en servicio y con el empleo de sus armas de dotación, en desarrollo de un operativo irreglamentario, arbitrario, injusto y a todas luces innecesario, "tal como es el hecho de ocasionar la muerte a dos personas que se hallaban desarmadas, dentro de la casa, reducidas a la impotencia, custodiadas e intimidadas, amén (según algunos testigos) de encontrarse con las manos atadas o esposadas y sin que existiera circunstancia alguna que habilitara hacer uso de las armas oficiales".

El mismo apoderado, destaca que la demanda no logró demostrar ninguna de las causales eximentes de responsabilidad, tales como el hecho de un tercero, fuerza mayor o culpa exclusiva de la victima" pesando sobre ella la responsabilidad que se deduzca". Del elemento daño y la relación de causalidad entre este y aquella falta del servicio, advierte que se encuentra demostrada con las actas de levantamiento de los cadáveres, los registros civiles de defunción y la necropsia.

La Fiscalía del Tribunal, en el concepto que rindió, estima que debe accederse a las súplicas formuladas por la parte actora y hacer los reconocimientos patrimoniales ajustados a la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado aplicable a eventos de esa naturaleza. Anota que la calidad delicuencial de los encartados no justifica bajo ningún punto de vista la conducta asumida por los agentes y que la demanda, nada hizo por demostrar fehacientemente las causales exonerantes de su responsabilidad en los hechos "mientras que por el contrario los testimonios del acopio probatorio demuestran el estado de indefensión de las victimas en el momento de los acontecimientos (Fol 6 anverso y 10 cuaderno No. 3), donde indican que no poseían arma alguna" En cuanto a los perjuicios materiales, anota que deben negarse en unos casos no es viable otorgarlos, como en lo relativo a los gastos de abogado y en el resto, porque no se demostraron.

4.- La sentencia recurrida

En el fallo materia de este recurso de apelación, visible a los folios 137 a 156, el Tribunal luego de hacer un recuento amplio y detallado de la actuación y de valorar los medios de convicción allegados al plenario, concluyen que se hallan debidamente acreditados los supuestos que comprometen la responsabilidad de la Nación por la falla o falta del servicio a cargo de la Policía Nacional que ocasionó el daño.

Subraya el fallo en cuestión, que los occisos se hallaban sindicados de la comisión de los delitos de hurto, atraco y lesiones personales; igualmente, que el operativo fue montado sin que se les hubiera librado orden de detención o existiera orden de practicar un allanamiento a su residencia.

El procedimiento policial, afirma, tenía por objeto capturar a dos personas quienes presuntamente habían participado la noche anterior en hechos delictuosos en los que había sido asaltada una bodega o depósito de la Compañía «Bavaria», siendo producto del botín una suma cercana al millón y medio de pesos, siendo amordazado el administrador de la misma y resultando heridos dos agentes de orden, quienes al parecer trataron de impedir la huida de los antisociales. Como, según se advierte de la información oficial de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali la cual obra a folios 57 y 58 del cuaderno número 3 (proceso 15.594), los policías que se vieron frustados en su intento de detener a los delincuentes que huían lograron reconocer a uno de ellos, se montó el operativo policial, en referencia con los datos que de aquel se tenía en razón de los antecedentes delincuenciales que ya reportaba para esa fecha.

Se deduce pues de lo anterior que la operación adelantaba por la policía era de carácter oficial y planeada estratégicamente, para lo cual se conformó un escuadrón

con personal altamente calificado el que sería comandado por el sargento Segundo Rodrigo Muñoz Echeverry también de trayectoria amplia y reconocida dentro de la institución, de lo cual da fe su hoja de vida en la que se reportan sucesivas felicitaciones por sus intervenciones exitosas. Igual situación se observa en la s hojas de vida de los demás miembros del cuerpo policial que participaron en la operación señalada.

Al apreciar el acervo probatorio en particular los testimonios y la necropsia Médico-Legal, el *a-quo* deduce que la actuación de las autoridades policivas frente a esas muertes no fue desarrollada en legal forma ni defensa de los intereses colectivos de la sociedad, pues se violaron en forma ostensible derechos legitimamente reconocidos en cabeza de los particulares. Los testimonios recaudados en ese aspecto, afirma, son elocuentes de que la actuación de la administración concluyó de manera irregular, desproporcionada y exagerada pues no obstante el número de agentes que allí actuaron, que facilmente podían controlar a los delincuentes , una vez reducidos se les ejecutó de manera inmisericorde y además se puso en peligro innecesario a otras personas, incluídos niños.

Anota que la demandada como ya es usual pero inaceptable que ocurra, no alegó ni probó la existencia de alguna causal de exoneración de responsabilidad, y ni si quiera hizo manifestaciones de oposición expresa a las pretensiones, luego, concluye diciendo: «Es evidente que el daño alegado por los actores, es decir la muerte de Edgar Feriz Perdomo y Fernando Meza Cardona, se produjo en desarrollo de una actividad policial legítima pero que fue ejecutada con clara falla en el servicio, pues fue desmedida y desproporcionada ya que para la retención de aquellos era innecesario darles de baja, privándolos de su derecho a la vida y de paso viéndose infringidos otros derechos como el de defensa que les asistía a los hoy occisos, como también lesionados los derechos humanos de los familiares de Feriz Perdomo que tuvieron que soportar el dolor de ver acribillado a un ser querido.

Así las cosas, pues, acreditada la falta del servicio y como también encuentra probada la legitimación en la causa por activa, el a-quo reconoce a los demandantes el derecho que tiene a que se les indemnice los perjuicios morales la condena al pago de los perjuicios materiales por lucro cesante fue negada, en razón a que no se probaron en legal forma y a que no puede tomarse como ingresos los que obtenían los occisos de sus actividades ilícitas « un reconocimiento en tales circunstancias sería casi hacer una apología de la actividad delictual».

5.-Los alegatos del segundo grado.-

Inconforme con la decisión que se dejó extractada en lo desfavorable a sus intereses, la parte actora la apeló oportunamente. En el escrito en que fundamenta el recurso, su apoderado pide revocarla en lo concerniente al punto tercero de la resolutiva y en su lugar, concederles los perjuicios materiales por lucro cesante pretendidos en la demanda.

Funda su solicitud diciendo que .los testimonios recepcionados dan cuenta que no todas las entradas económicas de las victimas tenían origen doloso y que se dedi-

caban al comercio de joyas. La condena respectiva, en el caso de que no se haga con base en los ingresos indicados en la demanda, debe partir del salario mínimo legal vigente para la fecha de aquella sangrienta jornada « pues la entrada mínima laboral se presume para todo ciudadano conforme al criterio jurisprudencial sentado por el H. Consejo de Estado en diversas sentencias, permitiéndose citar la 11 de abril de 1991(expediente No. 6216, Actor: *José Danilo Martínez*), de la que fue ponente el Dr Julio Cesar Uribe Acosta, que transcribe en lo pertinente.(Fols. 161 a 164).

En el término que les concedió el ad-quem para presentaran sus alegatos de conclusión. La parte actora y el ministerio público guardaron silencio. El apoderado judicial de la demanda, presentó el escrito que obra a los folios 173 a 175, solicitando confirmar el fallo en la materia objeto de impugnación en atención a que nada indica que los muertos en los sucesos para cuando ello ocurrió estuvieran desarrollando alguna actividad lícita, ya que para entonces solo registraban estar dedicados a realizar hurtos, atracos y lesiones personales.

II.-CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que la sentencia recurrida no será modificada y habrá de confirmarse en la atención a que la sala comparte en su integridad los análisis que hizo y las deducciones que obtiene de los hechos en que se funda la controversia; de las pruebas de las normas y la jurisprudencia pertinente así como los de los alegatos de las partes y el Ministerio Público, los cuales permiten concluir que en el asunto sub-lite en realidad se encuentra reunidos los supuestos que comprometen las responsabilidad patrimonial de la administración en la falla o falta probada del servicio de los agentes de la Policía Nacional que sin haberse configurado una razón válida para ello ocasionaron la muerte a *EDGAR FERIZ PERDOMO* y *FERNANDO MEZA CARDONA*; la reparación de los perjuicios morales derivados de ese daño antijurídico, correrá a cargo de la nación (art.90 c.n).

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los acontecimientos están ampliamente detallados e ilustrados en realidad histórica que arroja el expediente. Esta produce la certeza necesaria para afirmar que los occisos tenían un amplio record delicuencial y eran los autores materiales de varios atracos a mano armada, entre los cuales, al Banco de Occidente, la Cervecería de la República de Israel y además de hurtos a numerosos residencias llevándose valores que las autoridades califican de incalculables. El día anterior de los sucesos, precisamente realizaron un asalto a un depositó de cerveza en el que golpearon y amordarazaron a su propietario, Hilario Valencia Soto, apoderándose de $ 1.454.102 de pesos en efectivo: en la huida fueron interceptados por dos agentes de la Policía Nacional, quienes fracasaron en su intento de capturarlos y por el contrario recibieron lesiones personales.

Para el día de los acontecimientos, contra los occisos no existía orden de captura pendiente de cumplir y menos estaba dispuesto a ejecutar algún allanamiento a su domicilio; sin embargo, dada su presunta peligrosidad extrema, todo permite entender que la fuerza pública estaba obligada a tomar todas las medidas posibles, según

los reglamentos y la ley, para lograr aprehenderlos evitando así la comisión de nuevas fechorías. No obstante los testimonios recaudados son elocuentes de que el operativo comenzó mal, forma inmadura, poco profesional, apresurada y en esas condiciones, pese a que el número de agentes facilmente hubieran podido entrar a dominar la situación, no se usaron las voces para reunirlos voluntariamente menos aún se acudió al empleo de gases u otros medios disuasivos, sino que a la ligera y desde un comienzo tabletearon las armas oficiales, poniendo en grave peligro a todos los terceros presentes en el sector.

Muestra el acervo probatorio que los antisociales a su vez, también procedieron a disparar. Pero tales muertes no se produjeron durante el prolongado e intenso cruce de diparos que antecedió a los actos punibles en que encuentra su fundamento de causa petendi, evento en el cual , en reconocimiento al ejercicio del legítimo derecho de defensa se habría justificado lo finalmente ocurrido, pues al hacerla evaluación de la conducta oficial tendría que deducirse que estuvo conforme a derecho.

En el asunto *sub-lite*, la prueba testimonial receptada a instancia de la parte actora, constituye el fundamento más sólido para afirmar la falla del servicio que se deriva de la actitud absolutamente irregular como culminó el operativo. Los acontecimientos postreros y fatales, cuyos móviles quedaron desconocidos en la actuación, se dieron cuando una vez los delincuentes comprendieron la superioridad numérica de la fuerza pública y que estaban acorralados, optaron por rendirse y en procura de salvar sus vidas lo hicieron cubriéndose o rodeándose de familiares y amigos . Entonces, requisados, esposados y absolutamente inermes, fueron conducidos al interior de su residencia en donde agentes oficiales y con sus armas de dotación les segaron la vida: Edgar Feriz, recibió 10 balazos con compromiso de cara, cuello, torax, adbómen y muslo izquierdo; a FERNANDO MEZA le propinaron 13 balazos distribuidos en la cabeza, cara, cuello, tórax, adbómen y miembro inferior derecho.

La situación fáctica descrita, muestra a todas luces la existencia de los elementos que comprometen la responsabilidad de la administración por falla o falta probada del servicio, pues el daño fue producido cuando ya no era imperativo el uso de las armas oficiales y menos ineludible e inevitable segar la vida de quienes si bien se habían colocado al margen de la ley, tenían todo el derecho y sus captores la obligación de respetarles la vida, es decir, nada indica que la muerte fuera el desenlace previsible para quienes estaban enteramente sometidos por la fuerza pública.

En el caso a estudio, no está por demás advertir que la controversia también hubiera podido manejarse con la filosofía que informa la falla o falta presunta del servicio, demostrado como está que el empleo de las armas oficiales fue el nexo instrumental y obligado en la causación del daño, actividad de suyo peligrosa que permite presumir la falla o falta en la actividad ejercida por la entidad pública. La responsabilidad de la administración se le deduce sin eximentes, ya que no fueron alegados por la demandada y en el plenario no se observa que se hallen configuradas, en razón a que en estos eventos no puede hablarse de fuerza mayor, la culpa exclusiva de un tercero y menos aún de las propias víctimas. Esto último, porque como se vio, la muerte de los delincuentes se produjo cuando se habían rendido y estando en poder

de la policía, esposados y sin poder erigirse en amenaza para sus captores; por esas circunstancias, no puede valorarse la explicación de los victimarios en el proceso penal, en el sentido de que actuaron en legítima defensa.

En tales condiciones, en el empleo absurdo e ilegítimo de las armas de fuego oficiales hubo falla del servicio. Así pues, obró correctamente el Tribunal al declarar la responsabilidad patrimonial de la demandada en los hechos y como consecuencia, el Estado debe reparar los perjuicios morales causados a las personas afectadas por el daño.

LA CONDENA AL PAGO DE LOS PERJUICIOS

La legitimación en la causa por activa, se halla acreditada con los certificados de registro civil de matrimonio y nacimiento, además de la testifical en el caso de la concubina de Fernando Meza.

Conforme a la actual orientación jurisprudencial del Consejo del Estado, en proceso de esta naturaleza se presume que el daño antijurídico causado a una persona natural por la acción u omisión de las entidades públicas genera dolor y aflicción entre los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes, colaterales o si se trata del cónyuge; ahora, si la administración aspira a liberarse de las obligaciones dinerarias que de allí se pueden derivar, tendrá que desvirtuar la presunción demostrando que las relaciones filiales, fraternales, de unión matrimonial se hallan debilitadas en forma notoria, se han tornado inamistosas, ó incluso que se han deteriorado totalmente.

En consideración a que su evaluación se ciño a los lineamientos jurisprudenciales sobre la materia, no hay observación que hacer a lo decidido por el a-quo en lo relacionado con los perjuicios morales sujetivos que reconoció a los demandantes. El precio del gramo de oro que se tendrá en cuenta para el pago de aquellos perjuicios morales, será el interno para cuando cobre ejecutoria esta providencia, el que certificará el Banco de la República para entonces, a favor de cada uno de los beneficiados con su otorgamiento. A tal efecto la parte actora allegará con la cuenta de cobro, la citada certificación.

Obró correctamente el Tribunal al negociar los perjuicios materiales pedidos por los demandantes y en consecuencia no puede prosperar la pretensión del recurrente. Valorados probatoriamente los testimonios recaudados con ese fin, carecen de fuerza de convicción de que las víctima además de cometer los actos tipificados en la ley como punibles estuvieran dedicados en forma lícita al comercio de joyas. Esa actividad no se demostró con libros de comercio, declaraciones de renta y patrimonio y ni siquiera mediante facturas o recibos; tampoco obra medio alguno que establezca su preexistencia, procedencia legítima, sitios y las personas con quienes se practicaban compraventas. En síntesis, en virtud de ausencia probatoria, no pueden reconocerse este tipo de perjuicios.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMASE la sentencia recurrída, esto es, la del 20 de septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda.

SEGUNDO. Las sumas concretadas por perjuicios morales, devengarán intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios de ahí en adelante.

TERCERO. Con el objeto de que se dé cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán copias de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino al Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y a la parte actora, para los fines previstos en el artículo 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

REGISTRO MINERO -Inscripción/**EXTINCION DEL DOMINIO/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/MINAS**

La inscripción del título en el registro minero requiere siempre gestión de parte interesada y en ningún caso corresponde a una actuación oficiosa de la administración. La inscripción de un título en el registro minero no tiene efectos de tradición ni en consecutivo, sino que le da autenticidad y publicidad al mismo y la hará producir efectos respecto de terceros. El artículo 296 del Decreto 2655 de 1988 es claramente inconstitucional en cuanto impone la sanción de extinción *«ipso jure»* de un título de propiedad privada minera obtenido antes de la vigencia del mismo. Esa inconstitucionalidad es flagrante porque colide con los artículos 20 y 34 de la Constitución vigente a la razón y con el principio de igualdad ante la ley.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C., Octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Ref: Expediente No. 6696.-Minas.- ACTOR: SOCIEDAD AGRICOLA, FORESTAL Y DE INVERSIONES LA COLINA LTDA.

Procede la sala a decidir el presente proceso, instaurado por la Sociedad Agrícola, Forestal y Inversiones la Colina Ltda, mediante el cual pretende que se declare la nulidad de las providencias del 10 de agosto y 12 de diciembre de 1.990 y 13 de marzo de 1.991 dictadas por el Ministerio de Minas (Dirección General de Asuntos legales, División legal de Minas, jefatura) y como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se declare que está vigente tanto el derecho de propiedad que tiene sobre los yacimientos, mineros objeto del reconocimiento de propiedad privada No 31, como este reconocimiento.

En la demanda presentada el 8 de mayo de 1991 se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que mediante sentencia de esta misma Sala de 28 de junio de 1972 se declaró la propiedad privada de la sociedad actora sobre el subsuelo y los yacimientos carboníferos ubicados en las fincas Bellavista y la Victoria, situadas en Guatavita (Cundinamarca).

2) Que por resolución 00558 del 18 de abril de 1983 el Ministerio de Minas, en cumplimiento a la ley 20 de 1969 y su decreto 1275 de 1970, declaró que la demandante había demostrado la iniciación oportuna de la explotación económica de los yacimientos objeto de la sentencia aludida y que, en consecuencia, mantenía el derecho de propiedad privada sobre lo mismo. Dispuso, además, el registro de dicha resolución» en el libro que para el efecto se lleva en la secretaria General del Ministerio.»

3) Que en providencia de 10 de agosto de 1990, notificada del 28 el Ministerio ordenó archivar el expediente de reconocimiento de propiedad privada No 31, (objeto de la sentencia y las resoluciones antes citadas) por encontrar que el título correspondiente se había inscrito en el registro Minero dentro del término señalado en el artículo 296 del Código de Minas, lo que implicó declarar su extensión, ipso jure.

4) Que interpuesto los recursos de reposición y apelación el Ministerio resolvió que no había razón para revocar la decisión y denegó la apelación.

5) Que finalmente esta providencia del 13 de marzo de 1991 se rechazó el recurso de queja interpuesto.

En el capítulo « Fundamentos de derecho « cita la parte actora como violados los siguientes artículos: 304,305,293,294,295,296 y 297 del decreto 2655 de 1988, 30 de la constitución ; 9 de la ley 153 de 1987; 5 de la ley 57 de 1987; y 1, numeral 1, de la ley 57 de 1987.

Durante el trámite de la instancia se intento conciliación, pero fracasó.

La nación se hizo parte, contestó la demanda (a folios 60 y siguientes) y aceptó como ciertos los cinco hechos narrados en la demanda por ser, en su opinión, este un litigio de puro derecho; y propuso las siguientes excepciones: a) el trámite del procedimiento registral se inicia a instancia del interesado y no de oficio por el ministerio ; b) con anterioridad al decreto 2655 de 1988 o código de minas, no existía el sistema de registro minero; c) la extinción consagrada en el artículo 296 del código se produce ipso jure y se aplica a todos los títulos mineros sin distinción alguna; d) con la extinción declarada no se violan los artículos 30 de la anterior constitución ni el 58 de la vigente; e) el artículo 296 del código está purgado de inconstitucionalidad; f) la ley 57 de 1987 facultó al presidencia la expedición del artículo 296 del código minero.

Cumplido el trámite propio de la instancia, es oportuno decidir, para ello, se considera:

La parte actora solicita la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a) El de fecha 10 de agosto de 1.990 que es del siguiente tenor:

« Por mandamiento del artículo 296 del Código de Minas, se fijó el plazo de un año (1) a partir de su vigencia, para que los beneficiarios de títulos anteriores a este Código lo inscribieran en el registro Minero, so pena de declararse su extinción ipso jure.

«Revisado el expediente se observa que no se encuentra inscrito el título correspondiente al Reconocimiento de la propiedad privada No 31 motivo por el cual se procede de conformidad con lo ordenado, Por lo tanto, archívase el expediente previo traslado a la sección de estudios de Ingeniería, para la desanotación de la zona.»

b) El día 12 de diciembre del mismo año que reza en su parte considerativa:

« El artículo 296 del Código de Minas consagra que dentro del término de un añõ (1) contado a para partir de la vigencia de este código, los títulos mineros anteriores deberán inscribirse so pena de declararse su extensión ipso jure.

«Si se aceptara la teoría sostenida por el apoderado se tendría que concluir que la ley estaría sancionando a los titulares por una omisión de la cual no eran responsables. Por tanto se concluye que la obligación de solicitar la inscripción de solicitar la inscripción en el registro Minero de los títulos anteriores correspondía a sus beneficiarios so pena de extinción.

«Es cierto que el procedimiento minero es oficioso pero esto no significa que exonere a los interesados del cumplimiento de la obligación que la ley les ha impuesto.

«Ahora bien, el código de Minas considera en su artículo 16 como título minero las minas de propiedad privada y en el numeral 8 del artículo 292 considera como acto sujeto de registro los títulos y providencias definitivas de las minas de propiedad privada ; siendo pues un título están sujetos a ordenamiento de lo dispuesto en el artículo 296 del citado Código.

«Por cuanto la sanción proviene expresamente de la ley y no del ministerio de Minas y Energía no hay lugar a la revocatoria del auto que ordenó el archivo del reconocimiento de propiedad privada No 31.

«En cuanto al recurso de apelación se le hace saber al señor apoderado que contra los actos administrativos emitidos por los ministros no es procedente el

mismo de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 01 de 1984 en su artículo 50, numeral 2».

Como se desprende de lo transcrito, mediante esos actos administrativos la administración declaró extinguido en titulo minero que la sociedad demandante había adquirido mediante sentencia de 28 de junio de 1.972 dictada por esta misma sala, por no haberlo inscrito dentro del término que para el efecto señaló al artículo 296 del decreto 2655 de 1.988 o código minero.

Para la sociedad demandante ese acto administrativo complejo violó las normas que aparecen citadas y respaldadas con su correspondiente concepto de violación a folios 32 y siguientes de la demanda.

La Sala, para una mejor compresión del asunto, narra los antecedentes de este litigio (antecedentes sobre los cuales no existe discrepancias alguna entre las partes, ya que la narración acepta su existencia sin reparo alguno en la contestación de la demanda), así:

a) Que mediante setencia de 28 de junio de 1.972, expedida por esta corporación en esta misma sala se declaró la propiedad privada de los yacimientos carboníferos ubicados en las fincas Bellavista y la Victoria, situadas en el municipio de Guatavita.

b) Que el ministerio con base en el mandato contenido en la ley 20 de 1.969 y en su decreto reglamentario 1275 de 1.970, declaro en su resolución 000558 de 18 abril de 1.983 (a folios 24 y siguientes) que la sociedad aquí demandante, interesada en el reconocimiento de la propiedad privada No 31, por haber llenado las exigencias legales y aportado las pruebas de rigor, mantenía el derecho de propiedad privada sobre los yacimientos carboníferos que había adquirido en virtud de la sentencia mencionada en el literal precedente.

c) Que el mismo ministerio en la resolución antecitada ordenó en su artículo 3 el registro de dicha resolución "en el libro que para el efecto se lleva en la secretaria General del Ministerio"

d) Que el código minero en su capítulo XXXI (artículos 289 y siguientes) creó el registro minero señalado, en su orden : la naturaleza del registro (artículo 289); su validez (artículo 290); los componentes y fases del mismo (artículo 291); los actos sujetos al registro(artículo 292); la validez de los títulos (artículo 293); los eventos que exigen además la inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos y privados (artículo 294); la publicidad y certificación (artículo 295); el registro de títulos anteriores a la vigencia del código (artículo 296); el modo de hacer el registro de los títulos (Artículo 297); el libro radicador (artículo 298); la calificación de la documentación requerida para el registro (artículo 299); la cancelación de un registro (artículo 300) ; y los derechos que causa la inscripción del titulo (artículo 301).

e) Que la sociedad demandante no registro su título en el lapso señalado en el artículo 296 del código de minas.

f) Que la administración, en el acto impugnado en vista de ese incumplimiento, declaró extinguido ipso jure el título de la propiedad minera que tenía la sociedad actora.

Hecha la narración precedente y dada la existencia no discutida de los extremos fácticos que se dejan reseñados, se pregunta la sala: a quién competía la inscripción del título en el registro minero creado por el decreto 2655 de 1988, y concretamente en la hipótesis contemplada en su artículo 2967.

Podía la administración, ante la no incripción del título en el término señalado, expedir el acto administrativo de extinción del título minero de la sociedad demandante?

La Sala responde los dos interrogantes planteados así:

a) Le competía la inscripción del título en el registro minero a la sociedad demandante; y b) No podía la administración, ante la no incripción oportuna del título y pase al mandato inequívoco de este artículo 296, declarar su extinción.

Pero aquí distingue la sala. La primera respuesta tiene alcances formal y sustancial, la inscripción del título requiere siempre gestión de parte interesada y en ningún caso corresponde a una actuación oficiosa de la administración para corroborar este asierto basta leer la normatividad que regula el registro minero, sus etapas y efectos.

En este punto se creó un equivoco en la demanda, cual fue el de confundir la orden de registradada la resolución 000558 de 1.983 y solo para los fines del artículo 10 del decreto 1275 de 1970 (artículo 3 del decreto 2181 de 1.982), con el registro minero exigido en los artículos 289 y siguientes del Código de Minas, Registro aquel no podía asimilarse al establecido en el nuevo código, entre otras razones porque a la sazón no existía el registro minero creado en la ley 57 de 1.987 y regulado en el decreto 2655 de 1.988 y porque ese registro era solo para el control interno del ministerio de los derechos adquiridos existentes al expedirse la ley 20 de 1.969, no tenía los alcances ni los efectos de inscripción, autenticidad y publicidad que el actual registro tiene y debía hacerse de oficio por la administración.

Ahora bien, ese registro ordenado en la resolución 000558, aunque se hubiera hecho, bien de oficio o a instancia de parte, no habría suplido el registro que impuso y creó el código para todos los títulos mineros adquiridos antes y después de su vigencia.

Para la Sala la inscripción de un título en el registro minero no tiene efectos de tradición ni es constitutivo, sino que le da autenticidad y publicidad al mismo y le hará producir efectos respecto de terceros. Es un importante fin querido por la ley (su autenticidad, publicidad y oponibilidad). Pero el Código no quiso que fuera sólo para los títulos nacidos durante su vigencia. Por eso impuso en su artículo 296 que los obtenidos con anterioridad también fueran inscritos para que quedaran dotados de las notas mencionadas, en cuanto a validez del título y registro.

La exigencia entendida así es lógica y tiene su plena justificación, en especial por las razones se dejan explicadas.

La segunda pregunta planteada (podía la administración extinguir el título minero por su no inscripción oportuna en los términos del artículo 296 del código minero?) podría tener una repuesta afirmativa de alcance meramente formal (así lo manda el texto) pero sustancialmente no puede ser sino negativa, dada la inconstitucionalidad manifiesta que presenta la sanción por la no inscripción oportuna del título.

Para entender lo presente, se anota:

El artículo 296 del decreto 2655 de 1.988 es claramente inconstitucional en cuanto impone la sanción de extinción *ipso jure* de un título de propiedad privada minera obtenido antes de la vigencia del mismo. En tal sentido la norma es inaplicable para el caso concreto e impondrá la anulación del acto administrativo aquí cuestionado dictado con apoyo en su mandato. Esa inconstitucionalidad es flagrante u ostensible porque colide con los artículos 30 y 34 de la constitución vigente a la sazón y con el principio de la igualdad ante la ley.

La inaplicación que aquí se hará tiene su autorización en el artículo 215 del ordenamiento antecitado y hoy en el artículo 4o de la nueva carta. Y aun esa misma inconstitucionalidad directa puede predicarse frente a la nueva carta (artículos 58,34 y 13).

La inaplicación que servirá de apoyo a la decisión podrá hacerse, ya que sobre ese artículo 296 no ha habido pronunciamiento de inexequibilidad ni la Corte Suprema, ni de la actual Corte Constitucional.

Se hace esta afirmación porque ni siquiera puede dársele ese alcance a la sentencia del 18 de abril de 1.991 de la Corte Suprema que decidió la acción de inconstitucionalidad propuesta contra el extremo final de ese artículo 296 («so pena de declararse su extinción *ipso jure*»), porque ese fallo fue de carácter inhibitorio, las voces de su parte resolutiva son inequívocas:

> «Por lo visto, la corte suprema de justicia, Sala plena, previa ponencia de su sala constitucional, oído al señor procurador General de la Nación y de acuerdo con él, resuelve:

«Inhibirse de fallar de fondo la demanda de que se trata por las razones expuestas en la parte motiva.»

En otros términos, sobre la constitucionalidad del mencionado artículo no ha habido pronunciamiento del organismo que ejerce el control por acción de las leyes; no existe cosa juzgada que deba acatarse y que inhiba para ordenar su inaplicación.

A título de pedagogía " judicial " se anota:

Pese a que la decisión de la corte fue inhibitoria la sala no comparte, con todo respeto, las razones de esa inhibición ya que el pronunciamiento debió haber sido de fondo. En principio los fallos de constitucionalidad no pueden ser inhibitorios.

Dos fueron los motivos fundamentales para esa inhibición: la noción de suficiencia de lo acusado, elemento esencial de la proporción jurídica completa, ya que en la forma como fue demandado el artículo 296 (parcial y solo en cuanto impone una sanción) deja vigente el artículo, el cual deja de ser norma de derecho; y el hecho de que el precepto demandado y cumplió sus fines, por lo que su decisión sería inane o inútil.

Para la sala las razones no son valederas, en primer término, porque el fenómeno de la inescindebilidad de los distintos sectores que conforman la norma cuando se demanda uno solo de éstos, no debe conducir a la inhibición, como lo afirma la corte, sino a la declaratoria de la inexequibilidad total, siempre y cuando los extremos no demandados no pueden subsistir sin el que se declara inconstitucional.

Tampoco comparte la sala la idea de que ese artículo 296 debió demandarse en su totalidad por aquello de la inescindibilidad de los distintos factores que componen la norma (el antecedente o descripción de la conducta y su sanción) , ya que la norma en sí tiene una finalidad primordial diferente y no meramente sancionadora, cual es la obligar el registro de todos los títulos mineros adquiridos con anterioridad a la expedición del código, para efectos de publicidad, de autenticidad y de control por parte del Ministerio.

Por esa razón no podía la Corte seguir esa jurisprudencia, más propia de la normatividad penal.

Obsérvese que la norma cuestionada, sin la sanción final, tiene vida propia y no deja de ser norma jurídica porque se le suprima dicha sanción tendría razón la Corte si la no inscripción no tuviera otros efectos (sanciones en sentido lato) contemplados en la misma ley, cuales son la inoponibilidad frente a terceros, la falta de autenticidad de los títulos y de publicidad. Recuérdese que si esa inscripción no se hace no podrá hablarse ni de la validez del título ni la del registro (artículos 290 y 293) esta es la razón por la cual para la solución de este conflicto se inaplique el extremo final (la

sanción de extinción ipso jure del Título) y se estime vigente la primera parte. la que también posee un indiscutible valor como norma jurídica para que la nación conozca la realidad de los derechos mineros tanto de los que posea como de los que son del dominio de los particulares.

Ese artículo 296 también viola el principio de igualdad frente a las cargas públicas (hoy contemplado en el artículo 13 de la carta) porque impone el registro de los títulos para todos los titulares de los mismos, así los hubiese adquirido antes o después de la expedición del decreto 2655, pero con la diferencia de que la no inscripción de los anteriores tiene la sanción de la extinción del título, la que no se contempla para la titulación obtenida con posterioridad. En la lógica de la Corte la orden de incripción de los títulos nuevos, posteriores al código conformarían una norma en blanco inane e inconsecuente, por carecer de plazo para la incripción y de sanción por no hacerla.

En segundo término, no es valedera la tesis de la corte porque precisamente en estos eventos (cuando ya la norma cumplió sus efectos) se justifica con más veras la declaratoria de inconstitucionalidad para el control de los actos que se expidieron durante su vigencia y que quedaron así viciados de inconstitucionalidad.

Atrás se dijo que ese artículo 296 era inconstitucional por infringir directamente, entre otros artículos los numerados 30 y 34 de la Carta Política vigente a la sazón y porque aún sigue siendolo frente a la nueva constitución, concretamente frente a sus artículos 58,34 y 13.

El acto administrativo del 10 de agosto de 1990, dictado con apoyo en el artículo 296 del decreto 2655/88, al imponerle a la sociedad demandante como sanción, por la no inscripción de su título de propiedad, la extinción de éste, desconoció en forma flagrante el derecho de propiedad minera que había adquirido la sociedad con justo título y con arreglo a la ley.

Derecho de propiedad que se adquirió inicialmente por sentencia del Consejo de Estado de 28 de junio de 1972 (Sección III) y que fue reafirmado con posterioridad a la ley 20 de 1969 por cumplir sus exigencias, mediante la resolución # 000558 de 18 de abril de 1983 dictada por el Ministerio de Minas. Derecho que estaba vigente cuando se expidió el citado auto de agosto 10 de 1990 aquí impugnado.

Como se observa, la inconstitucionalidad que se predica de ese artículo 296 afectó de nulidad el acto que se expidió con fundamento en el mismo. En este sentido se entiendo que no podía ser apacible por la administración so pena de viciar de su decisión de inconstitucionabilidad. Puede decirse entonces, en la escala jerárquica normativa, que el acto administrativo, así haya acatato en toda su integridad el mandato legal (ese artículo 296), desconoció los principios constitucionales antecitados. Y aunque la sala acepta que la adquisición de un derecho real se obtiene con sujeción a la legislación vigente a su nacimiento y su extinción podrá gobernarse por una ley nueva posterior, no es menos cierto que este efecto extintivo solo podrá lograrse

siempre y cuando esta ley no implique el desconocimiento de los derechos adquiridos que la constitución salvaguarda. Este es el sentido que debe dársele al artículo 28 de la ley 153 de 1887 que a la letra dice: «Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, **y en lo tocante a su extinción**, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley».

Si la interpretación que le da el Ministerio a ese artículo 28 de la ley 153 fuera valedera, no existiría la protección constitucional de los derechos adquiridos, porque le bastaría a la nueva ley desconocerlos, decretando su extinción sin trabas de orden constitucional.

El acto administrativo impugnado implica también en otras palabras, una auténtica confiscación; pena proscrita expresamente por el artículo 34 de la constitución anterior y mantenida en el 34 de la actual. Sanción excesiva y arbitraria para el incumplimiento de una orden de inscripción de un título de propiedad privada en un registro público cuando esta inscripción, que no tiene efectos de tradición ni es constitutiva de derechos, fue impuesta más en provecho del propio administrado que de la administración, como que el título inscrito adquirirá publicidad, autenticidad y será oponible a terceros.

Aquí también el acto viola el 34 de la carta, violación que se produjo por el acatamiento que la administración hizo del artículo 296 del decreto 2655 del 88.

El restablecimiento

Las razones expuestas serán suficientes para anular el acto impugnado. En cuanto al restablecimiento pretendido, anota la sala:

A este título la parte actora solicita:

> «Como consecuencia de la nulidad impetrada de las providencias objeto de esta demanda, mi representada tiene el derecho a que se le restablezca en el ejercicio de los derechos que le fueron desconocidos por los actos acusados, mediante la declaración de que está vigente su derecho de propiedad sobre los yacimientos mineros objeto del reconocimiento de propiedad privada No. 31, y la de que está vigente este reconocimiento».

Pues bien. La pretensión es clara y viable. Así como el acto administrativo vulneró o desconoció el derecho de propiedad minera que tenía la demandante y que había sido objeto del conocimiento de propiedad privada # 31 al extinguir el título correspondiente, lo lógico y consecuencial es que se declare, como efecto de la nulidad, que tanto el título como el derecho de propiedad sobre los yacimientos carboníferos ubicados en las fincas Bellavista y La Victoria, situadas en la jurisdicción de Guatavita (Cundinamarca), están vigentes y continúan radicados en cabeza de la sociedad Agrícola, Forestal y de Inversiones la Colina Ltda.»

Aunque la demanda no contiene ninguna otra pretensión de restablecimiento, la sala advierte, para evitar equívocos, que previo el lleno de los requisitos establecidos en la ley minera, concretamente en sus artículos 289 y siguientes, la actora tendrá derecho a registrar su título, porque solo así ganara validez u oponibilidad frente a terceros, en los términos de los artículos 290 y 293 del decreto 2655 (validez del registro y validez del título).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

1) Implícase para el caso *sub-judice* el artículo 296 del decreto 2655 de 1980, en cuanto impone la extinción por declaración ipso jure de un título de propiedad privada minera.

2) Declárase la nulidad del acto administrativo expedido por la Dirección General de Asuntos Legales -División Legal de Minas del Ministerio de Minas y Energía, contenido en las providencias de 10 de agosto y 12 de diciembre de 1990 y 13 de marzo de 1991, mediante el cual se declaró extinguido el título correspondiente a la propiedad privada de los yacimientos de que trata el reconocimiento # 31.

3) Como consecuencia de esta nulidad, se declara que tanto a título como el derecho de propiedad privada de los citados yacimientos están vigentes y continúan radicados en cabeza de la sociedad demandante «Agrícola, Forestal y de Inversiones La Colina Ltda.

El Ministerio de Minas y Energía deberá inscribir el correspondiente título, con la inclusión de esta sentencia, previo el lleno de los requisitos legales por parte de la Sociedad demandante.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 29 de octubre de 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

siempre y cuando esta ley no implique el desconocimiento de los derechos adquiridos que la constitución salvaguarda. Este es el sentido que debe dársele al artículo 28 de la ley 153 de 1887 que a la letra dice: «Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, **y en lo tocante a su extinción**, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley».

Si la interpretación que le da el Ministerio a ese artículo 28 de la ley 153 fuera valedera, no existiría la protección constitucional de los derechos adquiridos, porque le bastaría a la nueva ley desconocerlos, decretando su extinción sin trabas de orden constitucional.

El acto administrativo impugnado implica también en otras palabras, una auténtica confiscación; pena proscrita expresamente por el artículo 34 de la constitución anterior y mantenida en el 34 de la actual. Sanción excesiva y arbitraria para el incumplimiento de una orden de inscripción de un título de propiedad privada en un registro público cuando esta inscripción, que no tiene efectos de tradición ni es constitutiva de derechos, fue impuesta más en provecho del propio administrado que de la administración, como que el título inscrito adquirirá publicidad, autenticidad y será oponible a terceros.

Aquí también el acto viola el 34 de la carta, violación que se produjo por el acatamiento que la administración hizo del artículo 296 del decreto 2655 del 88.

El restablecimiento

Las razones expuestas serán suficientes para anular el acto impugnado. En cuanto al restablecimiento pretendido, anota la sala:

A este título la parte actora solicita:

> «Como consecuencia de la nulidad impetrada de las providencias objeto de esta demanda, mi representada tiene el derecho a que se le restablezca en el ejercicio de los derechos que le fueron desconocidos por los actos acusados, mediante la declaración de que está vigente su derecho de propiedad sobre los yacimientos mineros objeto del reconocimiento de propiedad privada No. 31, y la de que está vigente este reconocimiento».

Pues bien. La pretensión es clara y viable. Así como el acto administrativo vulneró o desconoció el derecho de propiedad minera que tenía la demandante y que había sido objeto del conocimiento de propiedad privada # 31 al extinguir el título correspondiente, lo lógico y consecuencial es que se declare, como efecto de la nulidad, que tanto el título como el derecho de propiedad sobre los yacimientos carboníferos ubicados en las fincas Bellavista y La Victoria, situadas en la jurisdicción de Guatavita (Cundinamarca), están vigentes y continúan radicados en cabeza de la sociedad Agrícola, Forestal y de Inversiones la Colina Ltda.»

Aunque la demanda no contiene ninguna otra pretensión de restablecimiento, la sala advierte, para evitar equívocos, que previo el lleno de los requisitos establecidos en la ley minera, concretamente en sus artículos 289 y siguientes, la actora tendrá derecho a registrar su título, porque solo así ganara validez u oponibilidad frente a terceros, en los términos de los artículos 290 y 293 del decreto 2655 (validez del registro y validez del título).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

1) Implícase para el caso *sub-judice* el artículo 296 del decreto 2655 de 1980, en cuanto impone la extinción por declaración ipso jure de un título de propiedad privada minera.

2) Declárase la nulidad del acto administrativo expedido por la Dirección General de Asuntos Legales -División Legal de Minas del Ministerio de Minas y Energía, contenido en las providencias de 10 de agosto y 12 de diciembre de 1990 y 13 de marzo de 1991, mediante el cual se declaró extinguido el título correspondiente a la propiedad privada de los yacimientos de que trata el reconocimiento # 31.

3) Como consecuencia de esta nulidad, se declara que tanto a título como el derecho de propiedad privada de los citados yacimientos están vigentes y continúan radicados en cabeza de la sociedad demandante «Agrícola, Forestal y de Inversiones La Colina Ltda.

El Ministerio de Minas y Energía deberá inscribir el correspondiente título, con la inclusión de esta sentencia, previo el lleno de los requisitos legales por parte de la Sociedad demandante.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 29 de octubre de 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

CESION DE DERECHOS -Improcedencia/**SUCESION PROCESAL** - Extemporaneidad

Estando ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, ya no hay litis pendencia, y, por lo mismo, la solicitud de reconocimiento como sucesora procesal resulta a todas luces extemporánea. Dentro del incidente de liquidación de la condena en abstracto tampoco es posible la sucesión procesal, pues ya no hay derecho litigioso, realidad que explica que el tercer inciso del artículo 60 del C. de P.C. no puede ser invocado, por sustracción de materia. La simple circunstancia de que la parte demandada objete la liquidación presentada por el actor, no puede llevar a la conclusión de que las partes están, en puridad de verdad, en un real litigio. Este se registró antes de la sentencia que desató la litis.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C., Noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1.992).-

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Ref: Expediente No. 7583. Actor: MARIO SALDARRIAGA Y OTROS. Demandado: EMPRESA DE ENRGIA ELECTRICA DE BOGOTA

Procede la Sala a resolver el recurso de REPOSICIONES interpuesto contra el auto calendado el día diez (10) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1.992), en virtud del cual se confirmó el proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día catorce (14) de Mayo de mil novecientos noventa y dos que rechazó».. la solicitud de reconocimiento de SUCESORES PROCESALES, de los señores GUILLERMO NANNETTI VALENCIA e IRMA MONSALVE MUÑOZ», por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor compresión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del escrito en que se sustenta la reposición, en el cual se razona dentro del siguiente temperamento.

«a.) Los contratos de Cesión que suscribió la Parte Actora en valor de la suscrita Apoderada y del Asesor Jurídico, se concretaron y se perfeccionaron, no en la fecha en que se aportaron al expediente, a principios de este año, sino cuando fueron suscritos por quienes en ellos intervinieron, quienes los solemnizaron al autenticar sus firmas en Notaria, en Marzo de 1.983.

«b.) Cuando estos Contratos de Gestión quedaron perfeccionados, en Marzo de 1.983 los Derechos Litigiosos cedidos PARCIALMENTE, eran Derecho Litigiosos, pues no se había dictado Sentencia de Primera, ni de Segunda instancia, ni había hecho la liquidación de los perjuicios Materiales, ni dicha Cuantificación había sido Confirmada.

«c.) Tanto la suscrita en mi calidad de Apoderado, como el Doctor GUILLERMO MANNETTI VALENCIA, En calidad de Asesor Jurídico, tenemos interés de parte, es decir LEGITIMATIO ADCAUSAM, pues el pago de nuestros Honorarios Profesionales, después de 12 (DOCE) años de trabajo continuo e insomne, depende de si se reconocen y se pagan los perjuicios materiales, y de a cuanto ascienda su Cuantificación, lo cual hasta ahora se va a decidir y a definir, en el Incidente de Liquidación actualmente en curso, así como de la Consulta de dicha Liquidación, en la Segunda Instancia.

«d.) Es cierto que por haberse proferido la Sentencia de Segunda Instancia, ha precluído la Oportunidad Procesal para solicitar y tener nuestro reconocimiento, la suscrita apoderada y el asesor jurídico, como Litisconsortes Adhesivos, a la luz del artículo 52 del C.P.C., y yo estoy consiente de esta realidad jurídica y procesal, y por eso, en mi memorial petitorio de apelación y en el material de sustentación de la misma, en ningún momento cité, ni invoqué dicho Artículo 52 del C,P,C,; sin embargo lo anterior no borra, ni contradice nuestro Derecho Adquirido a ser reconocidos como Sucesores Procesales Parciales, con base en el hecho, debidamente comprobado, de que nosotros tenemos interés legítimo para obrar, es decir interés de parte, o legitimacio ad causan, pues como titulares que somos la suscrita, apoderada y el asesor Jurídico, respectivamente, del 25% y del 35% de la Litis, y dependientes de las resultas de la misma para el UNICO pago de honorarios profesionales que nos va a resarcir de 12 años continuos e infatigables de trabajo jurídico en este proceso, nosotros tenemos Derecho a ser reconocidos como sucesores procesales PARCIALES, a la luz del Artículo 60 del C.P.C..... 60 del C.P.C., y sin invocación alguna del Artículo 52 del C.P.C., el cual NO INVOCAMOS, por las razones ya expuestas.

«e.) Por otra parte, debe recalcarse el hecho de que los perjuicios materiales, en su liquidación, constituyen en esta etapa del Proceso Posterior a la Sentencia de Segunda Instancia, DERECHOS LITIGIOSOS, pues en el incidente de

liquidación, las dos partes se encuentran en litigio acerca de los mismos, ya que mientras la parte pasiva asevera que no se deben pagar Perjuicios Materiales, la parte actora solicita que los Perjuicios materiales sean liquidados por los $21.000.000, solicitados en el libelo de la demanda, aplicándoles la corrección monetaria, según el I.P.C., certificado por el DANE, que ya fue aportado al expediente, en acatamiento a lo que ordenó el Honorable Consejo de Estado, en su Luminosa sentencia de segunda instancia.

«f.) demostrado, como ya lo fue, que la liquidación de los perjuicios materiales, constituyen un pleito sobre derechos en litigio, es decir, que versa sobre DERECHOS LITIGIOSOS, debe recalcarse que tanto la suscrita apoderada, como el asesor jurídico en nuestra calidad de titulares de la cuotas-litis que nos fueron cedidas, estamos solicitando ser reconocidos como sucesores procesales parciales, cuando en el incidente de liquidación de perjuicios se esta dirimiendo la definición de unos Derechos Litigiosos, los cuales solamente quedaron definidos, una vez culminen, la liquidación de los perjuicios materiales en la primera instancia, y la consulta de dicha liquidación, en la segunda instancia.

«2.) Este recurso de reposición, lo estoy interponiendo con base en lo preceptuado en el Artículo 180 del Código Contencioso Administrativo.

«3.) Respecto profundamente los razonamientos y las consideraciones de tipo jurídico, que llevaron a los honorables Consejeros de Estado de la Sección Tercera, a rechazar inicialmente lo solicitado en la apelación interpuesta, y no estoy solicitando la revocatoria total del auto en ejecutoria, sino tan solo, su reforma parcial, con base en los hechos, la realidad procesal, las pruebas, las normas aplicables y las consideraciones jurídicas a los cuales he hecho alusión en este respetuoso y comedido memorial petitorio.

«4.) En resumen de todo lo anterior, le solicito a los honorables Consejeros de Estado de la Sección Tercera, reformar parcialmente el auto en ejecutoria, en el siguiente sentido:

«a.) Reconociendo la realidad jurídica de que los Contratos de Cesión que fueron suscritos entre la parte actora, por un lado, y la suscrita apoderada y el asesor jurídico por el otro son legalmente válidos, y que entraron a regir desde la fecha en que lo suscribieron las partes y autenticaron sus firmas en Notaria, cuando aún no se habían dictado, en este proceso, sentencias, ni de primera, ni de segunda, ni se habían liquidado, los perjuicios materiales, ni dicha liquidación había sido consultada.

«b.) Que la apoderada y el asesor jurídico, han demostrado tener interés para obrar y ligitimatio ad-causam, para intervenir en este proceso como sucesores procesales parciales, por ser los titulares respectivamente, del 25% y del 35% de la litis.

«c.) Que tanto el asesor jurídico como la suscrita apoderada, tenemos derecho a ser reconocidos como intervinientes, en nuestra calidad de sucesores procesales parciales, por que somos los titulares, respectivamente del 35% y del 25% de los Derechos litigiosos constituidos por los perjuicios materiales en proceso de liquidación, ya que la liquidación, objeto actual de litigio, de dichos perjuicios materiales, depende el que nos sean pagados o no nuestros Honorarios Profesionales por los 12 años continuos de abnegado trabajo jurídico en este Proceso, razón por la cual nos asiste el interés legítimo para actuar, y el derecho a ser reconocidos como intervinientes, en nuestra calidad de sucesores procesales parciales.

«d.) Que la liquidación de perjuicios materiales constituye un pleito sobre derechos litigiosos, ya que estando la cuantificación de los mismos en litigio, se encuentra en litigio el que haya o no dicha indemnización, convirtiendo a la liquidación de los perjuicios materiales, en un pleito sobre derechos litigiosos.

«e.) Consecuencialmente, que se reconoce al Asesor Jurídico y a la apoderada, como intervinientes con interés de parte en el incidente de liquidación de perjuicios materiales en su calidad de sucesores procesales parciales , por ser los titulares, respectivamente, del 35% y del 25% de la litis, cuyo pago, y la cuantía del mismo, constituye derechos litigiosos.

«f.) Que si bien es cierto que el Asesor Jurídico y la apoderada pidieron su reconocimiento como parte interesada en el proceso, cuando ya los perjuicios morales habían sido cuantificados, pero cuando los perjuicios materiales aún no han sido liquidados, constituyendo estos últimos en consecuencia, derechos litigiosos, en la determinación de los cuales, tanto el asesor jurídico, como la apoderada, tenemos derecho a ser reconocidas como intervinientes con interés para obrar en nuestra condición de titulares de nuestra respectiva cuota-litis.

«g.) Que queda muy claro que el asesor jurídico y a la apoderada no se les puede reconocer como litisconsortes adhesivos necesarios a la luz del artículo 52 del CPC, por haber precluido la respectiva oportunidad procesal, al referirse la sentencia de segunda instancia, sino como intervinientes con interés para obrar, en su calidad sucesores procesales parciales, según Art. 60-del C.P.C., por haber demostrado ser los legítimos titulares legales, respectivamente del 35% y del 25% de la litis en la etapa del proceso posterior a la sentencia, en la cual se están dirimiendo y definiendo derechos litigiosos, en el incidente de liquidación de los perjuicios materiales.

«h.) Ya el deudor tiene conocimiento de la existencia de los cesionarios, y no ha exteriorizado ninguna objeción, luego el reconocimiento de los mismos, y el pago de lo que les corresponde. Alicuota, se ciñe a lo ya decidido en la jurisprudencia, mediante la sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de julio 17 de 1952, LXXII, 796, la cual reza textualmente así: «Carece de valor el pago que el deudor haga a persona distinta

del cesionario del Crédito después de que haya llegado a su conocimiento la cesión.».

«Yo tengo la certeza de que los Honorarios Magistrales de la Sección Tercera del Consejo de Estado, quienes demostraron tanta brillantez jurídica y tan arraigado sentimiento de justicia en el admirable fallo de la segunda instancia, no encontrarán inconvenientes en tomar debidamente en cuenta las respetuosas y comedidas consideraciones jurídicas que les he expuesto en este memorial petitorio, y reponiendo, para reformarlo parcialmente, el auto en ejecutorio, se dignarán tomar en cuenta la voluntad espontánea y expresa de la parte actora, manifestada en los contratos de cesión que fueron suscritos en marzo de 1.983, y, habida consideración de que en el incidente de liquidación de los perjuicios materiales hay derechos litigiosos en cuyo conocimiento y en cuya cuantificación, tenemos legítimo interés para obrar los cesionarios de dichos derechos litigiosos, se nos reconocerá nuestra personería sustantiva, como sucesores procesales parciales, e intervinientes en dicho incidente de liquidación, en nuestra calidad de titulares respectivamente, del 25% de la litis, la suscrita apoderada, y del 35% de la litis, el asesor jurídico.».

Para resolver,

SE CONSIDERA

A) El recurso de reposición no tiene vocación de prosperidad pues como bien lo destaca la impugnante, en el escrito en que lo sustenta, su interés de centra en que se le reconozca su calidad de SUCESORA PROCESAL, dentro del marco precisado en el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil. Sobre este aspecto la Sala fue muy clara en definir, en el auto recurrido, que estando ejecutoriada la sentencia se segunda instancia, ya no haya litis pendencia, y, por lo mismo, la solicitud de reconocimiento como SUCESORA PROCESAL resulta a todas luces extemporáneo, tesis que ahora reitera. Sobre la materia parece conveniente recordar que el procesalista Dr. HERNAN FABIO LOPEZ, en su obra INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO, Tomo 1, Parte General, Quinta Edición, sobre el particular enseña:

«El inciso tercero del artículo 60 se encarga de regular la que concierne a la cesión de derechos, por acto entre vivos y advierte que el cesionario «podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular», figura esta que no es de sucesión procesal puesto que en esencia una posibilidad adicional de integración de parte dentro de la modalidad de litisconsorcio cuasinecesario, pues no ha existido desplazamiento de los sujetos que inicialmente tenían la calidad de parte o de terceros; empero, puede desembocar en sucesión procesal si la parte contraria acepta expresamente la sustitución de personas por cuanto en esta hipótesis el enajenante o cedente queda desvinculado definitivamente del proceso y por ende de los efectos de la sentencia y viene el cesionario a ocupar íntegramente su lugar.

«Estimamos que cuando se presenta esta circunstancia puede solicitarse al juez para que requiera a la parte contraria a fin de indagar si está de acuerdo, no con la cesión aspecto frente al cual su opinión es irrelevante, sino en cuanto a si acepta la sustitución de la parte para tener al cesionario como tal prescindiendo de quien hizo la cesión.

«Ahora bien, nada impide que *motu propio*, sin necesidad del requerimiento, en cualquier estado del proceso y hasta antes del fallo de primera instancia pueda la parte contraria manifestar así en oportunidad anterior se haya negado ha hacerlo, que acepta la sustitución procesal, debido a que la manifestación en sentido contrario no vincula definitivamente pues no representa alteración alguna dentro del proceso, en tanto que la expresa aceptación de la sustitución es irreversible y no puede ser objeto de revocatoria unilateral.» (folio 244 a 245.

En este momento del discurso parece conveniente recordar que la circunstancia de que los contratos que sirven de apoyo a la solicitud de SUCESION PROCESAL se hubiesen celebrado desde marzo de 1983, en nada abonan la tesis del impugnante, pues ellos han debido presentarse antes de que el proceso terminara.

Dentro del incidente de liquidación de la condena en abstracto tampoco es posible la SUCESION PROCESAL, pues ya no hay derecho litigioso, realidad que explica que el tercer inciso del artículo 60 del C. de P. Civil, no puede ser invocado, por sustracción de materia. La simple circunstancia de que la parte demandada objete la liquidación presentada por el actor, no puede llevar a la conclusión de que las partes están, en puridad de verdad, en un REAL LITIGIO. Este se registró antes de la sentencia que desató la litis. Nada más, pero tampoco nada menos.

B) La solicitud que hace impugnante para que por la Sala se haga declaratoria de que los contratos que reconocen el pago de honorarios profesionales son «LEGALMENTE VALIDOS», escapa al control del *ad-quem*, pues es asunto que en puridad de verdad no puede discutirse a través de un simple accidente. A manera de pedagogía jurídica y judicial parece conveniente recordar que el llamado PACTO DE CUOTA LITIS es bien controvertido por los tratadistas de DEONTOLOGIA JURIDICA, máxime en casos como el presente, en que la cuota monta el SESENTA POR CIENTO (60%) del total de la condena. Por ello tratadistas como LINO - RODRIGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE, en su obra «Abogacía y Derecho», Reus S.Z., pag. 56, enseña:

«Otro caso delicado desde el punto de vista ético es el que se refiere al pacto de cuota litis, en el que el Abogado se convierte en socio de la causa del proceso, estimándose, en concepto de honorarios una parte de lo que obtenga. Se justifica este contrato aduciendo que, en este supuesto, el cliente carece de recursos económicos para hacer frente al gasto de los honorarios profesionales , salvo que recurra a este procedimiento de atribuirle al Abogado una parte de las ganancias que proporcione una sentencia favorable al caso litigioso. Se dice también que este pacto hace más ágiles los procesos y permite que el

Abogado convierta en propia la causa. Así mismo hace más fácil la defensa de los pobres.

«No obstante lo dicho anteriormente, este pacto es considerado inmoral, no por él en sí, sino debido a que tal retribución se hace depender del resultado del proceso judicial, opinión de la que discrepamos, en razón de que dicho pacto afecta a la esencia de la administración de justicia, que exige una pureza absoluta en el cumplimiento de los deberes que atañen al Abogado su servidor principal. De todas maneras se alegan una serie de motivos contrarios a esta figura procesal que podemos resumir en los siguientes:

«1. Que atenta contra la independencia del Abogado, a quien su misión no le permite tener en el litigio otro interés que el puramente profesional.

«2. Que este pacto pone en peligro su decoro y dignidad al ligarle personalmente con los intereses en litigio, dando ocasión a que se vean afectados los deberes que le impone su misión de servir a la justicia.

«3. Que, como consecuencia de su interés personal en el litigio, pierde la confianza del Magistrado judicial, con detrimento para el Ministerio de la Defensa.

«4. Que, en relación con su cliente, hay el peligro de que éste, sin pleno conocimiento de sus derechos, pueda ser víctima de la codicia de su defensor.

«Estamos, pues, ante un caso que entra de lleno en el ámbito de la ética profesional, la cual, en principio, parece reprobable, por cuanto que únicamente Abogados excepcionales en este supuesto actuarían con la debida ponderación, equilibrio y desinterés».

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE

NO REPONER el auto calendado el día diez (10) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/RELACION CAUSAL/ACTO DE REVERSION/CONTRATO DE CONCESION -Revisión/**HIDROCARBUROS**

Cuando se pide la nulidad de un acto administrativo con efectos de restablecimiento, la pretensión que traduzca el querer resarcitorio del demandante, debe tener una relación de causa a efecto con la nulidad que se pide en primer término. Lo que si rompe toda la lógica e implica un flagrante desconocimiento del alcance de un acto de reversión, y de la competencia de esta jurisdicción, es la pretensión orientada a que como consecuencia de la nulidad de éste se declare una sustitución patronal. El gobierno no podía en forma alguna disponer en el acto de reversión, sin exceder sus términos, que la propiedad de los bienes revertidos ingresaba al patrimonio de Ecopetrol. Las minas, incluidos los yacimientos de hidrocarburos, son de propiedad de la nación. y que en los casos de revisión solo pasa a Ecopetrol la administración, disposición, manejo y explotación de los bienes muebles e inmuebles que el Estado adquiera por concepto de reversión de acuerdo con las leyes y contratos sobre petróleos.

ACTO CONTRACTUAL/CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/LEGITIMACION POR ACTIVA

El acto administrativo contractual (aquel expedido dentro de una cualquiera de las etapas subsiguientes al perfeccionamiento del contrato, ejecución, cumplimiento o liquidación, y que no se concibe sin la existencia de éste) como fuente que puede ser de un conflicto entre las partes contratantes, genera una controversia contractual típica, diferente de la nulidad y restablecimiento que pueden originar los demás actos administrativos (no contractuales) de contenido particular, incluidos en estos los separables o previos al administrativo solo están legitimadas las partes contratantes o sus causahabientes y por excepción, para las acciones de nulidad absoluta del

contrato, además de las partes, el ministerio público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato. El escogió una acción inadecuada para el efecto, propia de los actos administrativos no contractuales.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C. Octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Ref.: Expediente No. 5765 -Minas- ACTOR: UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL PETROLEO

Procede la Sala a decidir el proceso de la referencia. La Unión Sindical de Trabajadores de la Industria del Petróleo «Ustrapetrol», en su escrito de abril 26 de 1989 instauró acción de restablecimiento ante esta corporación y pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

«PRIMERA. Que son nulas, parcialmente, las Resoluciones Ejecutivas emanadas de la Presidencia de la República números 0131, de agosto 22 de 1988, y 228 de diciembre 30 de 1988, mediante las cuales se decretó por la primera, confirmándose por la segunda, la reversión en el contrato para explorar y explotar gas de propiedad nacional, denominado Concesión el Difícil número 96 y se tomaron medidas en relación con dicho acto, para que el Honorable Consejo de Estado, aclarándolas, disponga:

«Que, al revertir a la Nación, la Concesión El Difícil número 96, queda de inmediato incorporada al patrimonio de la Empresa Colombiana de Petróleos, entidad que constituye a la Sociedad Antex Oil And Gas Company Inc. titular de la Concesión revertida.

«SEGUNDA. Que es nulo, parcialmente, el artículo segundo de la Resolución Ejecutiva número 0131 de agosto 22 de 1988, confirmado por la Resolución Ejecutiva número 228 de diciembre 30 de 1988, mediante las cuales la Presidencia de la República decretó, por la primera, y confirmó, por la segunda la reversión en el contrato para explorar y explotar gas de propiedad nacional denominado Concesión El Difícil número 96 y se tomaron medidas en relación con dicho acto, para que el Honorable Consejo de Estado, considerando los bienes materia de la reversión disponga:

«Que se incluye, dentro de los bienes que revierten a la Nación junto con la Concesión El Difícil número 96, además de los relacionados en el artículo segundo de la Resolución 0131 de agosto 22 de 1988, el Gasoducto que va desde el Campo de El Difícil hasta la entrada al antiguo Matadero Moderno, ubicado en Barranquilla en la carrera segunda (2a), número 30-220, con una extensión de 150 kilómetros, construido en tubería de doce (12) pulgadas de diámetro.

«TERCERA. Que, como consecuencia de la nulidad parcial de los actos administrativos acusados, se restablezca en su derecho a los trabajadores de la Concesión El Difícil número 96, afiliados a la Unión Sindical de Trabajadores de la Industria del Petróleo «USTRAPETROL», que se demuestre que en la fecha y hora de la reversión del Contrato de Concesión El Difícil número 96, tenían vigentes sus contratos de trabajo con la empresa ANTEX OIL AND GAS COMPANY INC. mediante la expresa declaración de que esos contratos de trabajo continuaron existiendo, sin solución de continuidad alguna, ni suspensión, no modificación; vigentes entre esos trabajadores y la EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS, entidad que sustituye a la Concesionaria ANTEX OIL AND GAS COMPANY INC., asumiendo la responsabilidad patronal por dichos contratos de trabajo, conforme a lo dispuesto en los artículos 67, 68, 69 y 70 del Código Sustantivo del Trabajo.

«CUARTA. Que se comunique la decisión favorable que recaiga a la Presidencia de la República, al Ministerio de Minas y Energía y a las sociedades Empresa Colombiana de Petróleos, Antex Oil and Gas Company Inc. y Petroquímica del Atlántico S.A.»

En la demanda se narraron como hechos fundamentales los siguientes, con la advertencia de que los hechos 16 y siguientes no fueron sintetizados, sino presentados en su texto:

1) Que el señor Presidente de la República, mediante la resolución # 0131 de 22 de agosto de 1988 declaró la reversión en el contrato de Concesión «El Difícil» número 96, para explotar el gas natural de propiedad nacional. Que en el artículo 2 de dicha resolución se dispuso:

«El Ministerio de Minas y Energía, designará el funcionario respectivo para que a nombre del Gobierno Nacional, reciba a título de reversión, la Concesión El Difícil con todas sus construcciones, maquinaria, equipos y elementos existentes dentro de sus linderos, excluyendo únicamente aquéllos que no son de propiedad de ANTEX OIL AND GAS COMPANY INC. e incluyendo la totalidad de la Planta de Gas, es decir, la sección construida en El Difícil y la instalada en cercanías de la población de Plato, Departamento del Magdalena y la línea de oleoducto que parte de la Concesión El Difícil y llega a Plato, con una longitud de 85 kilómetros y 192 metros, con todas sus anexidades y dependencias y suscriba el Acta correspondiente».

2) Que la citada resolución no dispuso la incorporación de ese patrimonio a Ecopetrol

3) Que esa resolución excluyó de la reversión el gasoducto de «El Difícil» a Barranquilla (antiguo Matadero Moderno) con una extensión de 150 kilómetros.

4) Que contra la resolución ejecutiva 0131 se interpuso reposición por Ustrapetrol para que se incorporaran los bienes a Ecopetrol y para que se incluyera también el gasoducto; recurso que se resolvió desfavorablemente mediante la resolución 228 de 30 de diciembre de 1988.

5) Que el contrato de concesión celebrado inicialmente entre el gobierno y Petróleos Estrella de Colombia para la explotación de petróleo, se cedió en forma sucesiva a varias sociedades, para culminar con «La Antex Oil and Gas Company» cuando ya el campo había clasificado como gasífero (resoluciones 918 de 1961 y 016 de 1962).

6. Que por resolución 0168 de 16 de febrero de 1965 el Ministerio de Minas autorizó a Petroquímica del Atlántico para que construyera el gasoducto.

.....

«16) Entre las sociedades Petroquímica del Atlántico S.A. y Antex Oil and Gas Company Inc. existe unidad de empresa por se la primera de ellas, propietaria de la segunda.

«17) En abril de 1981 las crecientes del río Magdalena rompieron el cruce subfluvial del gasoducto El Difícil-Barranquilla.

«18) Durante la ruptura del Gasoducto El Difícil-Barranquilla Antex Oil and Gas Company reinyectó en el mismo campo de El Difícil número 96, gran parte del Gas extraído.

«19) Con la finalidad de reconstruir el Gasoducto en su cruce sub-fluvial la Empresa Colombiana de Petróleo se comprometió con las empresas Petroquímicas del Atlántico S.A. y Antex Oil and Gas Company Inc. mediante contrato LEG-023-82 marzo 30 de 1982, a:

" Ecopetrol reconocería a Petroquímicas del Atlántico S.A. y Antex Oil and Gas Company Inc. un sobre precio al gas vendido para cubrirles la amortización del costo del cruce mencionado. Sobreprecio que fue fijado en US$ 0.32 dólares por cada mil pies cúbicos transportados. Precio que se ajustaría a cada seis meses y se suspendería cuando el costo de la reparación hubiese sido totalmente cancelado.

«20) La reconstrucción del cruce sub-fluvial del Gasoducto El Difícil-Barranquilla tuvo un costo de us$5.714.329.83 dólares, que fueron pagados por la Empresa Colombiana de Petróleos.

«21) Por Ley 165 de diciembre 27 de 1948 se promovió la organización de la Empresa Colombiana de Petróleos.

«22) El artículo 5 de la Ley 165 de 1948 facultó al Gobierno para contratar con la empresa que se funde la administración de los bienes muebles e inmuebles que reviertan el Estado conforme a las leyes y contratos vigentes sobre petróleo.

«23) El artículo 3 de la ley 165 de 1948 ordenó al Gobierno al reglamentarla la adopción de «las medidas conducentes a garantizar la estabilidad de los trabajadores colombianos experimentados en la industrial del petróleo, teniendo en cuenta no sólo sus aptitudes profesionales sino el mayor tiempo de servicio en la concesión que revierta al Estado.

«24) El literal b) del artículo 6 de los Estatutos de Ecopetrol, aprobados por Decreto número 062 de 1970. establece entre los objetivos de esa empresa:

«b) La administración, disposición, manejo y explotación de los campos petroleros, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimiento, terminales y en general de todos aquellos bienes muebles e inmuebles que el Estado adquiera por concepto de reversión de acuerdo con las leyes y contratos sobre petróleos;

«25) Por Decreto número 2027, de septiembre 28 de 1951, el Presidente de la República dispuso, en desarrollo de las facultades contenidas en la ley 165 de 1948, que las relaciones de trabajo en Ecopetrol se regirán por el derecho común establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

«26) El literal b) del artículo 21 de los Estatutos de Ecopetrol, aprobados por Decreto número 062 de 1970, establece que el patrimonio de esa empresa se integra:

«b) Con los bienes y derechos que por razón de la reversión pactada en las concesiones de petróleo otorgadas por la Nación, pasaran a ser de propiedad de la Empresa.

«27) El artículo 6 del Decreto 797, de mayo 10 de 1971, reglamentario de la Ley 20 de 1969, al referirse a los contratos de petróleo vigentes en la fecha de expedición de la Ley, precisó que cuando «terminaren por cualquier causa, el área respectiva entrará a formar parte de la reserva o del aporte otorgado a la Empresa Colombiana de Petróleos.

«28) La Empresa Colombiana de Petróleos participó en las reuniones celebradas en el Ministerio de Minas y Energía para aclarar la fecha de la reversión del Contrato de Concesión El Difícil número 96 y los bienes afectados por ese acto jurídico.

«29) La Nación, representada por el Ministerio de Minas y Energía, tuvo conocimiento, antes de producirse la reversión de la Concesión El Difícil número

96, de la existencia, antigüedad, salarios y prestaciones de los trabajadores que prestaban sus servicios en esa Concesión.

«30) La Empresa Colombiana de Petróleos tuvo conocimiento, al participar en las reuniones celebradas en el Ministerio de Minas y Energía, de la existencia, antigüedad, salarios y prestaciones de los trabajadores afectos a la Concesión El Difícil número 96.

«31) Ni la Nación, representada por el Ministerio de Minas y Energía, ni la Empresa Colombiana de Petróleos, acordaron con la sociedad Antex Oil and Gas Company Inc. la situación que se desprende de los contratos de trabajo, salarios, prestaciones sociales y derechos de los trabajadores que laboraban en la Concesión El Difícil número 96.

«32) La Concesión El Difícil número 96 revirtió a las doce de la noche del 25 de agosto de 1988, conforme al Acta que se firmó entre los señores Alfredo Sánchez Dávila, quien la recibió a nombre del Gobierno Nacional, delegado por resolución número 002641 de agosto 19 de 1988; Germán Nieto Monroy, representante de la Contraloría General de la República y, Mario Rodríguez Herrera, representante de Antex Oil and Gas Company Inc.

«33) En el acta de entrega indicada en el numeral anterior, el doctor Alfredo Sánchez Dávila dejó constancia de que al recibo de la Concesión El Difícil «se encontraron viviendo en las casas dentro del área enmallada en El Difícil un total de cuatro familias y también se encontraban en el sitio un grupo de trabajadores a los cuales la compañía ANTEX OIL AND GAS COMPANY INC. no les había resuelto su situación.

«34) Como consecuencia de la reversión a la Nación de la Concesión El Difícil número 96, la empresa Antex Oil and Gas Company Inc. perdió su actividad técnica en el país y cesó sus actividades laborales.

«35) Antex Oil and Gas Company Inc. es una sociedad extranjera, organizada en Panamá.

«36) Antex Oil and Gas Company Inc. solicitó al Jefe de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Santa Marta, permiso para efectuar despido colectivo de los trabajadores por haber cesado sus actividades en Colombia.

«37) Al momento de la reversión de la Concesión El Difícil número 96, los trabajadores de la Antex Oil and Gas Company Inc. a quienes no se les había resuelto su situación laboral, eran:

Castillejo de la Hoz Luis, Operador 2B Aceitero

Castillo García Julio, Soldador 11

Flórez Rangel Dullys, Operador 1A

Harma Castro Alvaro, Maestro

Sánchez Orozco Dagoberto, Asistente Almacenista

Valencia Orozco Aquileo, Mecánico I

Flórez Rangel Alonso, Almacenista

Yemin Oliveros Díaz, Operador de Planta

García Bello Lucas, Operador de Planta

Rodríguez M. Liborio, Operador I

Caraballo Gutierrez Luis, Maestro Mecánico'

Escobar C. María, Aseadora

Pacheco Barrios Pedro, Mecánico III

Medina M. María, Secretaria

Ballestas Delgado Orlando, Verificador

Silgado Paternina William, Operador

«38) Por Resolución número 003256 de octubre 7 de 1988 el Ministerio de Minas y Energía, dispuso la entrega a partir del 12 de octubre de 1988 a la Empresa Colombiana de Petróleos, para su administración, disposición, manejo y explotación, de la Concesión El Difícil.

«39) En la fecha octubre 12 de 1988, los trabajadores indicados en el numeral 37 de estos hechos, no habían tampoco definido su situación laboral con la empresa Antex Oil and Gas Company Inc.

«40) Por Acta de Acuerdo extra-convencional, suscrita el 20 de abril de 1989 entre la Empresa Colombiana de Petróleos y su sindicato de trabajadores, la Unión Sindical Obrera, Ecopetrol se comprometió a incorporar a sus nóminas, siempre que reúnan determinados requisitos y llenen las condiciones, establecidas en dicho Acuerdo, a los trabajadores señalados en el numeral 37 de este Capítulo de la demanda «que tienen pendiente de definir su situación laboral con la ANTEX OIL AND GAS COMPANY INC.

«41) A partir de la suscripción del acta de reversión de la Concesión El Difícil la empresa Antex Oil and Gas Company Inc. dejó de pagar salarios y prestaciones a los trabajadores señalados en el numeral 37 de estos hechos de la demanda.

«42) El Acta de Acuerdo extra-convencional, suscrito entre Ecopetrol y la Unión Sindical Obra el 20 de abril de 1989, exige que los trabajadores que no han

definido su situación laboral con la Antex Oil and Gas Company Inc. antes de ser incorporados a Ecopetrol, deberán expresar que no tienen reclamación laboral alguna con esas empresas y que desisten de cualquier acción legal, presente o futura, de carácter laboral contra Ecopetrol o la Antex Oil and Gas Company Inc. por: «reconocimiento de tiempo para antigüedad laboral, sustitución patronal, salarios, beneficios y prestaciones legales y extralegales, por el tiempo laborado por la Compañía ANTEX OIL AND GAS COMPANY INC., o para Empresas contratistas o subcontratistas de éstas.

«43) Los trabajadores indicados en el numeral 37 de este Capítulo de la demanda son afiliados de la Unión Sindical de Trabajadores de la Industria del Petróleo «USTAPETROL», entidad sindical de industria, con personería jurídica número 01818 de junio 2 de 1987, otorgada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

«44) Los trabajadores señalados en el numeral 37 de estos hechos de la demanda se beneficiaban de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre las empresas Antex Oil and Gas Company Inc. y Petroquímica del Atlántico con la Unión Sindical de Trabajadores de la Industria del Petróleo «USTRAPETROL», el 27 de mayo de 1988.

«45) La falta de concreción de las Resoluciones cuya nulidad parcial se demanda en cuanto a la entidad encargada de sustituir a la Antex Oil and Gas Company Inc. en la administración, mantenimiento y vigilancia del Campo El Difícil, ocasionó interrupción en la continuidad del trabajo que realizaban las personas indicadas en el numeral 37 de los hechos de la demanda.

«46) Petroquímica del Atlántico S.A., devolvió a la Antex Oil and Gas Company Inc. el Gasoducto El Difícil-Barranquilla en diciembre de 1981.»

.....

La relación procesal se trabó entre la demandante, de un lado, y la nación (Ministerio de Minas), Ecopetrol, Antex Oil and Gas Company Inc. y Petroquímica del Atlántico, de otro.

Ecopetrol en la contestación de la demanda propuso las excepciones de falta de jurisdicción, porque la demanda "está relacionada con la declaratoria de sustitución patronal y la vigencia de unos contratos de trabajo, asuntos éstos que no son del conocimiento del juez administrativo."

Excepciona también por falta o ausencia de interés jurídico por parte del Sindicato, ya que éste reconoce que los directamente lesionados fueron personas distintas, o se ciertos trabajadores y no el Sindicato mismo. Afirma, además, que la demanda es inepta porque acumula indebidamente la pretensión de nulidad y restablecimiento con la de reparación directa por omisión administrativa.

Luego, ya en su alegato de conclusión, Ecopetrol insiste en las excepciones propuestas y arguye en torno a éstas:

«1. Falta de jurisdicción: Consiste esta excepción en que las declaraciones que pretende la demandante particularmente las relaciones con la sustitución patronal y la vigencia de unos contratos de trabajo no pueden ser resueltas ni proferidas por el Juez - contencioso administrativo, en vista que tales asuntos son de resorte de la jurisdicción laboral. Para llegar a tal conclusión basta con observar la relación contractual existente entre los trabajadores de la Antex Oil y esta empresa, para concluir que se trata de contratos de trabajo que se cobijaron bajo el amparo del Código Sustantivo del Trabajo. Y como la Jurisdicción Contencioso Administrativa únicamente conoce de las controversias de los empleados públicos y excepcionalmente de los trabajadores oficiales, es lógico concluir que el Consejo de Estado carece de jurisdicción para resolver las cuestiones planteadas en la demanda, de lo que se infiere que el fallo debe ser inhibitorio.

«2. Ausencia de Interés Jurídico: Esta excepción se funda en el hecho de que la demandante carece de interés para damandar la nulidad de las resoluciones acusadas por cuanto los supuestos lesionados con la expedición de las resoluciones acusadas serían los trabajadores y no el sindicato. Por otra parte, tal como lo reconoce la demandante y como aparece en el expediente los trabajadores en ningún caso le otorgaron mandato al sindicato para que los representara, de tal manera que los titulares del derecho presuntamente infringido siguen siendo los trabajadores y no el sindicato.

«3. Indebida Acumulación de Acciones: Además de los argumentos anteriores, la demanda resulta inepta en cuanto que en el mismo petitum acumula el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho con el contencioso de reparación directa en vista de que, por una parte se solicita la nulidad de unos actos administrativos y por la otra la declaratoria de imputabilidad por unas presuntas omisiones administrativas.

«B. EL DERECHO

«No obstante que las excepciones propuestas deben llevar al Consejo de Estado a inhibirse para pronunciar fallo de mérito de todas maneras deben negarse las súplicas de la demanda. En cuanto hace relación a la primera porque no es cierto que la reversión incorpore en el patrimonio de ECOPETROL el bien revertido porque tal como lo expresa el artículo 5 de la ley 165 de 1948 la facultad para ECOPETROL se limita a administrar tales bienes.

«En cuanto hace relación a la segunda petición también debe rechazarse en primer lugar porque las resoluciones acusadas fueron ajustadas a derecho y en segundo lugar por cuanto el sindicato al no haber sido parte dentro del contrato

de concesión carece de interés jurídico para pedir la nulidad de los actos acusados.

«Y tampoco se puede interpretar la demanda en el sentido de que la acción propuesta es la de simple nulidad de que, tal como lo ha expresado el Consejo de Estado el contencioso de nulidad contra actos de naturaleza particular solo puede ser utilizado en aquellos casos en que la ley de manera expresa así lo permita. (Sentencia del 2 de agosto de 1990 de la Sección Primera del Consejo de Estado, expediente 1482, Magistrado Ponente Pablo Cáceres Corrales).

«Finalmente frente a la tercera petición por tratarse de asuntos originados en un contrato de trabajo el Consejo de Estado carece de jurisdicción para conocer de este asunto».

No presentó alegato de conclusión la parte actora ni emitió concepto el ministerio público.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Vistos los planteamientos hechos por las partes y en especial las excepciones propuestas por Ecopetrol, estima la sala que debe estudiar la demanda en su conjunto para definir, entre otros puntos, los siguientes: a) la índole del acto impugnado; b) la acción instaurada por el Sindicato; c) las pretensiones y su acumulación; d) la legitimación en la causa por activa; y e) la conclusión.

a) **El acto impugnado**

El Sindicato demandante impugna en acción de restablecimiento (artículo 85 del c.c.a.) las resoluciones ejecutivas #s. 0131 de agosto 22 de 1988 y 228 de diciembre 30 del mismo año, mediante las cuales el gobierno nacional declaró «que el contrato para explorar y explotar gas de propiedad nacional denominado «El Difícil» número 96, termina el 25 de agosto de 1988 a las doce de la noche, día y hora en que opera la reversión a favor de la nación, de que tratan los literales 1 y 11 de la cláusula cuarta del referido contrato».

Como se infiere de la simple lectura de los transcrito, el gobierno nacional expidió un acto administrativo inconcebible sin la existencia del contrato celebrado inicialmente entre la nación y la «Compañía de Petróleos la Estrella de Colombia»; contrato que por una serie de sesiones autorizadas, tuvo como contratista final de la nación a la firma Antex Oil and Gas Company Inc.

Se recalca la índole de acto administrativo contractual que tiene el aquí impugnado, para entender que su impugnación no podía hacerse por la vía de la acción

contemplada en el artículo 85 del c.c.a (cuando se presentó la demanda, denominada acción de restablecimiento) sino por la contractual permitida en el artículo 87 del mismo código.

La jurisprudencia de la sala durante la vigencia de esta última norma del decreto 01 de 1984 y aún dentro de la vigencia actual artículo 17 del decreto 2304 de 1989 que la modificó, ha sido enfática en sostener que el acto administrativo contractual (aquel expedido dentro de una cualquiera de las etapas subsiguientes al perfeccionamiento del contrato, ejecución, cumplimiento o liquidación, y que no se concibe sin la existencia de éstos) como fuente que puede ser un conflicto entre las partes contratantes, genera una controversia contractual típica, diferente de la nulidad y restablecimiento que pueden originar los demás actos administrativos (no contractuales) de contenido particular, incluidos en estos los separables o previos al contrato.

Se infiere así, de primer intento, que la parte actora no sólo escogió la acción inadecuada sino que no tenía ni siquiera legitimación para hacerlo.

A este respecto ha sido reiterado también el pensamiento de la sala, en el sentido de que en las controversias derivadas de los contratos administrativos solo están legitimadas las partes contratantes o sus causahabientes y por excepción, para las acciones de nulidad absoluta del contrato, además de las partes, el ministerio público o el tercero que acredite un interés directo con el contrato.

b) La acción instaurada

Las voces de la demanda son inequívocas: «acción contenciosa administrativa de restablecimiento del derecho» (a folio 74 del cuaderno principal). Además, se corrobora este aserto con la explicación que aparece a folios 94 de la demanda al señalar la competencia de esta corporación, y que es del siguiente tenor:

> «El Consejo de Estado tiene la competencia para conocer privativamente y en única instancia de la acción que se instaura por medio de esta demanda, conforme a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de un proceso de restablecimiento del derecho contra actos administrativos del orden nacional y por carecer de cuantía».

Como se ve, el Sindicato demandante **escogió un acción inadecuada para el efecto, propia de los actos administrativos no contractuales**. Quizás obedeció esto al hecho de no ser parte en el contrato de concesión de «El Difícil». Circunstancia que ya había destacado la misma administración al declarar improcedente, por falta de interés, el recurso de reposición que el mismo Sindicato había formulado contra la resolución de reversión 0131.

En este punto (la índole de la acción) también ha sido enfática la jurisprudencia en sostener que si bien es cierto los actos administrativos en general (de contenido

particular o abstracto) se impugnan, por regla, bien mediante las acciones de nulidad (artículo 84 del c.c.a) o por las de nulidad y restablecimiento (artículo 85 *ibídem*), no es menos cierto que cuando la ley señala una vía especial para su impugnación, no podrá el demandante dejar de lado ésta para escoger aquélla o ésa.

Se ha aplicado este criterio no sólo en el campo de los actos administrativos contractuales, sino también, por ejemplo, frente a los actos administrativos electorales (de elección o nombramiento) o frente a algunos de carácter agrario (extinción del dominio o de adjudicación de baldíos). Casos éstos en los que, pese a tratarse de actos administrativos, su impugnación no está gobernada por los artículos 84 y 85 del c.c.a., sino por otra normatividad diferente y especial.

A pesar de que los dos efectos enunciados (la indebida escogencia de la acción y la falta de legitimación por activa) serían suficientes para la no prosperidad de la demanda propuesta por la Unión Sindical de Trabajadores de la Industria del Petróleo «Ustrapetrol», la sala analiza otros aspectos que también pueden tener importancia en el presente asunto.

c) Las pretensiones y su acumulación

La lectura de la demanda muestra como el Sindicato pretende la nulidad parcial del acto contractual de reversión de la Concesión «El Difícil» (resoluciones 0131 y 228 de 1988) para que, como consecuencia de esa nulidad, se hagan en síntesis estas declaraciones: a) Que la concesión queda de inmediato incorporada al patrimonio de Ecopetrol; y b) Que asimismo, queda incluido dentro de los bienes que revierten el gasoducto El Difícil Barranquilla. Además, pide, como consecuencia de la nulidad parcial de los actos acusados, que «se restablezca en su derecho a los trabajadores de la Concesión El Difícil número 96 (afiliados a «Ustrapetrol», que se demuestre que a la fecha y hora de la reversión... tenían vigentes sus contratos de trabajo con la empresa Antex Oil and Gas Company Inc. mediante la expresa declaración de que esos contratos de trabajo continuaron existiendo, sin solución de continuidad alguna, ni suspensión, ni modificación; vigentes entre esos trabajadores y al Empresa Colombiana de Petróleos, entidad que sustituye a la concesionaria Antex Oil and Gas Company la responsabilidad patronal por dichos contratos de trabajo, conforme a lo dispuesto en los arts. 67, 68, 69 y 70 del Código Sustantivo de Trabajo».

Dejando de lado los defectos anotados y aceptando en gracia de discusión que el demandante sí podía demandar como lo hizo, observa la sala:

Cuando se pide la nulidad de un acto administrativo con efectos de restablecimiento, la pretensión que traduzca el querer resarcitorio del demandante, debe tener una relación de causa a efecto con la nulidad que se pide en primer término. Así nadie puede pretender, cuando demanda la acción de restablecimiento de nulidad de un acto que deniega unas cesantías, por ejemplo, que como consecuencia de la misma se decrete una pensión de jubilación o un seguro de vida. El efecto restablecedor, se

repite, debe tener, por principio, una relación de causa a efecto con la nulidad del acto que produce la infracción del derecho.

Se hace esta somera reflexión para entender que la parte demandada olvidó la sencilla idea que se deja expuesta. Las pretensiones de inclusión de unos bienes en la reversión estarían dentro de esa relación causal; y aún podría aceptarse que en dicha reversión se precisara el dueño del patrimonio revertido, pero no más.

Pero lo que sí rompe toda la lógica e implica un flagrante desconocimiento del alcance de un acto de reversión, y de la competencia de esta jurisdicción, es la pretensión orientada a que como consecuencia de la nulidad de éste se declare una sustitución patronal de Antex Oil and Gas Company Inc. a Ecopetrol.

Fuera de lo dicho (la defectuosa formulación del petitum) la demanda contiene una indebida acumulación de pretensiones. De un lado, la de nulidad y restablecimiento (interpretada en este fallo como contractual); y de otro, una pretensión de carácter laboral ventilable sólo ante la jurisdicción ordinaria.

De allí que esa cumulación no sólo peca por fallas en relación causal (la nulidad y sus consecuencias) sino por problemas de jurisdicción. (la sustitución patronal).

Si se dieron o no los supuestos de la sustitución patronal, éstos no pueden estudiarse en la presente acción y menos como pretensión consecuencial de la nulidad de un acto que no puede referirse sino a los bienes muebles o inmuebles materia de reversión, dentro de los límites establecidos en la ley (artículo 33 del Código de petróleos o decreto 1056 de 1953).

La acumulación indebida aquí observada vicia de ineptitud el presente proceso e impone una decisión inhibitoria.

d) La legitimación en la causa por activa

La parte demandante, como se deduce lo anterior no está legitimada en la causa. En primer término, porque no podía demandar el acto contractual de reversión, ya que no había sido parte en el contrato de concesión de El Difícil; y en segundo porque como sindicato que es solo puede defender en juicio los intereses generales o comunes de sus socios y no los particulares de las personas identificadas en la demanda (hecho # 37) que aún no han podido definir con Ecopetrol el problema de la sustitución patronal. (arts. 373 ord. 5º del C. Sustantivo del Trabajo y 3, literales f y g, de los estatutos de Ustrapetrol, a folios 701 y siguientes).

Fuera de lo anotado, finalmente se anota:

El gobierno no podía en forma alguna disponer en el acto de reversión, sin exceder sus términos, que la propiedad de los bienes revertidos ingresaba al patrimo-

nio de Ecopetrol. Es sabido de todos que por mandato constitucional y legal las minas, incluidos los yacimientos de hidrocarburos, son de propiedad de la nación. Y que en los casos de reversión solo pasa a Ecopetrol la administración, disposición, manejo y explotación de los bienes muebles e inmuebles que el Estado adquiera por concepto de reversión de acuerdo con las leyes y contratos sobre petróleos.

e) La conclusión

Visto el análisis precedente, no habrá otro remedio que declarar la inhibición ante tan protuberantes defectos que impiden la decisión de fondo. Defectos que en suma pueden enunciarse así:

a) Falta de jurisdicción frente a la pretensión laboral.

b) Falta de legitimación por activa

c) Indebida acumulación de pretensiones

d) Mala elección de acción.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Declárase inhibido para decidir de fondo las pretensiones de nulidad de acto de reversión de la Concesión El Difícil y de sustitución patronal de unos trabajadores.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 29 de octubre de 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *William Salazar Lujan; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO MEDICO

El hecho de haber dejado una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, constituye sin lugar a dudas una evidente falla en la prestación del servicio médico, porque esa situación no puede obedecer sino al descuido con que se actuó en tal intervención y no obra en el proceso prueba que pueda exonerar a la administración de la responsabilidad correspondiente.

Consejo de Estado.-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., tres de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Ref: Expediente No. 7336

Actor: GLORIA INES CADAVID DE VARGAS

Decide la sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia de 24 de enero de 1.992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, mediante la cual se dispuso:

«1. DECLARESE RESPONSABLE AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-I.S.S.- DE LOS DAÑOS Y PREJUCIOS MORALES SUFRIDOS POR LA SEÑORA GLORIA INES CADAVID DEBIDO A LA PRESENCIA DE UNA AGUJA QUIRURGICA, DESCUBIERTA POR LA RADIOGRAFIA PRACTICADA EL 25 DE MAYO DE 1987.».

«2. CONDENESE AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - I.S.S.- A PAGAR A LA SEÑORA GLORIA INES CADAVID LA CANTIDAD DE TRESCIENTOS GRAMOS ORO.».

«3. NIEGANSE LAS DEMAS PRETENCIONES».

«4. SIN COSTAS».

I.- ANTECEDENTES PROCESALES.-

1o.- **La demanda.-**

Con fecha 3 de noviembre de 1988, GLORIA INES CADAVID actuando por conducto de apoderado legalmente constituído y en ejercicio de acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formuló demanda en contra del Instituto de Seguros Sociales, para que esta entidad pública sea declarada administrativa y patrimonialmente responsable de los daños y perjucios que sufrió raíz del tratamiento médico quirúrgico a que fue sometida, entre el 22 de octúbre de 1983 y el 3 de junio de 1986, fecha de esta última en que se le practicó una colostomía, intervención quirúrgica en la que se le dejo en su cuerpo una aguja de cirugía, que solo vino a ser descubierta en radiografía tomada el 25 de mayo de 1987, para averiguar la causa de las agudas y dolorosas molestias con que quedo la demandante, después de la última operación.

Como consecuencia de ese daño que imputa a una falla del servicio, solicita condenar a la demandada, el pago de la indemización correspondiente a los siguientes factores: a.- Por prejucios morales.- la suma equivalente en pesos colombianos a mil gramos (1.000) de oro y; b.- Por perjuicios materiales. -En tres modalidades, a saber: 1) Patrimoniales; por la incapacidad de trabajar que certifican los médicos. 2) Fisiológicos; estos se concentran en varias reclamaciones: por que se vió privada de la posibilidad de gestación sin su consentimiento; por que se le generó un tumor irritativo por gasoma olvidado en su cuerpo; por que se le practicó una colostomía radical; por uqe debe evacuar en bolsas sanitarias; por que se le dejó una aguja incrustada en el cuerpo. 3) Sexuales; porque su vida sexual terminó como consecuencia de la serie de operaciones a que ha sido sometida.

2.- **Fundamentos de hecho.-**

Aparecen relacionados a folios 23 a 28 del expediente y se reducen en síntesis a lo siguiente:

La señora Gloria Inés Cadavid quien es beneficiaria del I.S.S., ingreso a esa entidad en la ciudad de Medellín, el 22 de octubre de 1.983, para ser atendida de urgencias.

En esa ocasión permaneció internada 13 días, y fue atendida por el doctor Jorge Restrepo Salazar, quien la remitió a profamilia para que se le practicara una la

paroscopia, realizada por el Doctor Gustavo Casas quien diagnosticó un posible acceso tubo-ovárico izquierdo.

Nuevamente en el I.S.S., esta vez atendida por el Doctor Jaime Uribe Duque, este ordenó practicar un tratamiento quirúrgico, una laparotomia y el 13 de diciembre de 1983, lo que le practicó fue una anexohisteroctomía, tratamiento quirúrgico diferente al que se le había previsto, y para el que además de no haberse obtenido el consentimiento de la paciente, no existía justificación.

El informe patológico de esa operación registró que no existen formaciones cancerosas y miometrio normal.

Después de esa operación, la paciente empezó a presentar perdida de peso y síntomas como de pujo, sensación de cuerpo extraño heces por la vagina, razones por las cuales vuelve al I.S.S., acción que es atendida por la radióloga Luz Esthella Zapata quién encontró una masa localizada en la pared anterior del recto sugiere práctica urgente de unos exámenes (Biopsia y sigmoidoscopia). Esos exámenes son practicados por el Doctor Alonso Galeano quién encontró una granuloma piógeno crónico y una gran masa redondeada, callosa y blanquecina, sin signos de malignidad.

El 20 de mayo de 1986, se le repite el examen, que es practicado por el Doctor Jorge Luis Duque, quien señala: « En la endoscopia parece verse una gamosa con tejido de granulación», diagnostico que coincide con el patólogo que en su diagnostico de 14 de mayo de 1986 dijo: recto: INFLAMACION GRANULOMATOSA DE TIPO CUERPO EXTRAÑO». Según la demanda, ese cuerpo extraño es una gasa que se dejó olvidada en la cirugía.

El 28 de mayo de 1986, dado el estado delicado de la paciente, se le practica un tercer examen, por parte del Doctor Jaime Uribe Duque, quién la operó en 1983 y diagnostica la presencia de un adeno carcinoma mucosecretor, cuando en los dos exámenes anteriores, practicados con unos días de diferencia, no se registraron signos de malignidad.

El jefe del Departamento de Ginecología, llamó de urgencias a la demandante, para someterla sin demora a una nueva operación, en este caso una colestomía que le es practicada el 3 de junio de 1986, por el Doctor Nelson Ramírez Beltrán. Al recuperarse de la última operación, la paciente empezó a sufrir sensación interna de dolor agudo razón por la cual se le practica una radiografía el 25 de mayo de 1987, donde se descubre que el dolor lo produce una aguja de cirugía que la paciente tiene incrustada en el cuerpo, y que al tenor de los hechos la demanda, fue dejada en la última operación.

Hoy la demandante presenta agudas molestias por la aguja incrustada, dolor posicional, su vida sexual se ha terminado, le es imposible obtener trabajo por su incapacidad y debe eliminar en bolsas.

3. -La actuación en la primera instancia.-

Notificado del auto admisorio de la demanda, el Instituto de Seguros Sociales, compareció por medio de apoderado especial quien a tiempo la contestó, pidiendo la prueba de todos los hechos. No solicito la practica de pruebas y como excepción, propuesto la caducidad de la acción, la que fundamento el hecho de que entre la última intervención practicada a la demandante el 3 de junio de 1986 y la presentación de la demanda, ocurrida el 3 de noviembre de 1988, habían transcurrido más de dos años.

Las pruebas pedidas por la parte actora, fueron decretadas en auto del 10 de mayo de 1979, siendo allegadas de manera regular oportuna al plenario.

Transcurrido el termino se otorgó para acreditar los supuestos fácticos que constituyen el fundamento de las pretenciones como de la impugnación, se corrió traslado del proceso a fin de que las partes pudieran alegar de conclusión y así mismo que la fiscalía rindiera su concepto de fondo, en tal oportunidad procesal, la parte actora solicitó despachar favorablemente las súplicas de la demanda por estar acredita en el expediente la existencia de los elementos que configuran la falla en el servicio, porque en el tratamiento médico quirúrgico a que fue sometida la demandante, extrajo la totalidad de su aparato reproductor, sin su consentimiento y sin que fuera necesario, además se le dejó un elemento quirúrgico incrustado, que le causa dolor agudo. La demandada guardó silencio.

Para el señor fiscal ante el Tribunal, deben acogerse las pretenciones formuladas en el libelo demandatorio. Del examen de las pruebas allegadas al plenario, infiere en primer termino, que no se presento la caducidad excepcionada por la demanda, por que si bien es cierto los hechos se dieron en distintas épocas y fechas, unos son consecuencias de otros y por tanto que a partir de la fecha de la radiografía que detectó la presencia de la aguja, desde cuando debe empezar a contestarse el término de la caducidad.

También deduce que se puede afirmar sin dubitación que la parte del I.S.S., se incurrió en falla del servicio por descuido de los médicos, quedó en el organismo de la paciente una porción de gasa y una aguja quirúrgica con secuelas graves y permanentes. Estima que los perjucios morales deben ser reparados en la porción en que estimula justa el Tribunal y para que los materiales, la condena debe ser en abstracto, por que no se aprobó su cuantía.

4.- La sentencia-

En el fallo impugnado, visible a los folios 122 a 137, el a-quo luego de estudiar los antecedentes y con base en las pruebas recepcionadas en el curso de la actuación, concluyo que solo existió la falla en el servicio en relación con la aguja quirurgica que se dejo en el cuerpo de la demandante, hecho por el que solo se le reconocen

perjucios morales, cuya indemnización caso en el equivalente en pesos, a 300 gramos oro.

Así mismo dedujo que no asistió la falla en el servicio en la practica de la anexohistorectomia, que empezó como una laparotomia exploradora y de la colostomia, por que los peritos afirmaron que ese era el procedimiento correcto.

Tampoco probo que en la primera operación se hubiera dejado una gasa en el cuerpo de la paciente. Ninguna consideración hizo en relación con la excepción de caducidad, la que no se dio en esa sentencia.

5.- Las alegaciones en la segunda instancia.-

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló oportunamente por que el fallo no tuvo en cuenta los aspectos materiales de los perjucios e hizo tasación leve de los perjucios morales. Pide en consecuencia que se modifique en su totalidad la sentencia del *a-quo*, para que en cambio se acceda a las súplicas de la demanda.

En el término que se les concedió a las partes para presentar sus alegatos de conclusión de segundo grado, la demandante guardo silencio. La demandada presento el memorial que obra a fols. 155 a 157 en que pide que se le absuelva totalmente, porque el daño que le haya causado la aguja surge de una suposición y no de un hecho manifiesto, puesto que los síntomas que presenta la demandante son consecuencia de las intervenciones quirúrgicas que se le han practicado.

En esta instancia no tuvo pronunciamiento del Ministerio Público.

II.-CONSIDERACIONES DE SALA.-

Sea lo primero advertir que la sentencia recurrida habrá de modificarse, en razón que la sala entenderá en primer termino, a hacer un análisis de la excepción de caducidad propuesta por la demandada y segundo lugar porque no comparte por perjucios morales.

La demanda contiene una acumulación de pretensiones, por cuanto en ella se percibe que se pague a la actora los perjucios ocasionados por diferentes hechos, que se dieron en instancias de distintas épocas, para desatar esta excepción hay que tener en cuenta que los perjucios se reclaman con consecuencia de dos grupos de hechos, unos productos de las intervenciones quirúrgicas practicadas a la demandante el 15 de diciembre de 1983 y el 3 de junio de 1986; y, los otros como consecuencia de la aguja quirurgica que se dejo en el cuerpo de la paciente, que solo vino a ser descubierta en la radiografia tomada el 25 de mayo de 1987.

Los perjucios que se reclaman como materiales fueron clasificados en la demanda en tres grupos: patrimoniales, fisiológicos y sexuales, y se concentraban en que la

actora se vio privada la posibilidad de gestión; se le genero un tumor irritativo por gamosa olvidado en su cuerpo, debe evacuar en bolsas, como consecuencia de una colostomia radical; y tiene incrustada una aguja, circunstancias estas que se la han incapacitado para trabajar, además de haber terminado su vida sexual.

Del análisis de las pruebas recaudadas en el proceso, se establece que la señora Gloria Ines Cadavid esta privada de la posibilidad de gestación desde el 15 de diciembre de 1983, **cuando en una cirugía se le practico en esta fecha, se le extrajo el útero con sus anexos, el que fue objeto de un examen patológico realizado en 20 de diciembre de 1983** (ver folio 5), es decir, desde el 15v de diciembre de 1983; la demandante esta privada de la posibilidad de gestación, por la que reclama este proceso, iniciado con la demanda presentada el 3 de noviembre de 1988. En consecuencia, al tenor de lo dispuesto en el articulo 136 del C.C.A., cuando se presento la demanda ya había caducido la acción para reclame por ese hecho, por cuanto habían transcurrido mas de dos años desde la operación o desde la fecha en que se extendió el resultado de patología, en el que se cuenta de la extracción del utero con anexos.

Otro punto de reclamación, se refiere al hecho de que la demandante se ve obligada a evacuar en bolsas, como consecuencia de la colostomia radical que le practicaron el 3 de junio de 1986., Esa operación se hizo para extraer una gamosa que según la demanda, se formo de una gasa olvidada en la primera operación, la acción para reclamar por las consecuencias generadas por esa segunda operación, caduco el 3 de junio de 1988, puesto que desde la intervención quirurgica, la paciente conoció que no podía evacuar normalmente y que la gomosa que se extraía era producido por un cuerpo extraño, según lo revelo el examen previo a la intervención. En consecuencia, desde esa fecha empezó a correr el termino de caducidad, que para el 3 de noviembre de 1988 fecha en que se presento la demanda, ya había vencido.

Hasta aquí tenemos que esta caduca la acción para reclamar la indemnización derivada de la imposibilidad para gestar y los efectos de la colostomía radical, y así se declarará.

De la última operación practicada, se afirma que la actora le quedo incrustada una aguja en su cuerpo, hecho que descubrió a raíz de una radiografía que se le tomo el 25 de mayo de 1987,. La existencia de la aguja en el organismo de la demandante, es un hecho acreditado en el proceso, a través del dictamen parcial (fl.51) y las radiografías que se aportaron. según los peritos, las radiografías que ellos revisaron, en donde detectaron la presencia de la aguja, eran del 25 de mayo de 1987 y es a partir de esa fecha que empieza a correr la caducidad para reclamar los perjucios que le ocasione a Gloria Ines Cadavid , esa aguja quirúrgica que esta incrustada en su cuerpo. Aquí el termino de caducidad no puede contarse desde la operación, porque a diferencia de los efectos de la colostomia, que si eran apreciables de inmediato, el hecho de que esa operación se dejo olvidada una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, solo pudo ser conocido con la radiografía tomada el 25 de mato de 1987 y como entre esta fecha y la presentación de esta demanda no alcanzaron a transcurrir dos años, frente a esa reclamación no prospera es excepción de caducidad.

El hecho de haber dejado una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, constituye sin lugar a dudas una evidente falla en la prestación del servicio médico, por que esa situación no puede obedecer si no al descuido con que se actuó en tal intervención y no obra en el proceso prueba que pueda exonerar a la administración de la responsabilidad que le corresponde.

Cuáles son los perjuicios que ese hecho de la administración le produjo a la demandada?. La existencia de los materiales no se estableció en el proceso, por cuanto la incapacidad para trabajar y la imposibilidad para la gestación, son consecuencias directas de las operaciones realizadas el 15 de diciembre de 1983 y el 3 de junio de 1986, así lo dictaminaron los periotos que en el informe que obra en el folio 51 dicen: «Paciente angustiada, deprimida, con limitación para su vida social, laboral y sexual, secundario a la dificultad del manejo de su colostomia y su sintomatología dolorosa, con síntomas de cistitis y proctitis actínica.» es decir, las incapacidades no son producto de la aguja quirurgica incrustada en su organismo.

La sala encuentra en cambio, que se debe aumentar el monto de la indemización por los perjucios morales, fijada por el *a-quo*, puesto por el perjuicio tiene dos facetas bien caracterizadas: la primera en cuanto a la nostalgia y preocupación que produce en la demandante el haberse dejado en su organismo un cuerpo extraño y en segundo en cuanto a las permanencias del mismo en su organismo que le genera dolor fisiológico, lo que hace que se reviva constantemente el trauma ocasionado. En consecuencia, la indemización por perjucios morales se aumentará al equivalente en pesos a ochocientos gramos de oro fino.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

MODIFIQUESE la sentencia apelada, esto es, la de 24 de enero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, la cuál quedará así:

PRIMERO.- Declárese parcialmente probada la excepción de caducidad.

SEGUNDA.- Declárese administrativamente culpable al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a la señora Gloria Ines Cadavid, debido a la aguja quirúrgica que esta incrustada en su cuerpo.

TERCERO.- Como consecuencia de la aclaración anterior, condenese al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a la señora Gloria Ines Cadavid, el equivalente en pesos, a OCHOCIENTOS (800) GRAMOS DE ORO FINO. El Banco

de la República certificará sobre el precio interno del oro para la fecha de ejecutoria de esta providencia , y la certificación deberá acompañarse con la respectiva cuenta de cobro.

CUARTA.- Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirán copias de las sentencias con constancias ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones del artículo 115 del C.de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión de fecha tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992)..

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

CONTRATO DE CONCESION DE APUESTAS PERMANENTES/JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES/RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL/CONTRATO ADMINISTRATIVO -Incumplimiento

Mediante el acuerdo, la demandada dispuso que los contratos de concesión para la explotación de juegos y apuestas de chance debía otorgársele previa licitación pública. En las mencionadas licitaciones podían participar , además, los actuales concesionarios, a quienes, pese a tener vigente un contrato, se les podrá prorrogar su licencia. Y sin más preámbulos, la administración abrió la licitación para recibir propuestas para la explotación de esa actividad. Unilateralmente la administración dió por expirado el término del contrato y se negó a venderle al contratista los formularios indispensables para ejercer la actividad materia de la convención. La administración no podía desatender las obligaciones que se le derivaban del contrato en la fecha en que lo hizo, pues no había ninguna razón válida para ello. La administración incumplió el contrato entre el 2 y el 23 de enero de 1986 y esa falla indefectiblemente produce los efectos patrimoniales que el actor reclama y que el Tribunal reconoció en el fallo consultado.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C. Diez y Nueve (19) de Noviembre de Mil Novecientos Noventa y Dos (1.992)

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

REF: EXPEDIENTE No. 5971. ACTOR: SOCIEDAD APUESTAS CONSOLIDADAS LIMITADA.

Resuelve la Sala el grado de consulta de la sentencia que profirió el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el Seis (6) de Julio de Mil Nove-

cientos Ochenta y Nueve (1.989), por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

«Primero .- Declarar que el Establecimiento Público Beneficencia del Valle incumplió el contrato de Concesión para explotación del juego de Apuestas Permanentes No. 160 del 26 de XI de 1984 celebrado con la Sociedad Apuesta Consolidadas Ltda.

«Segundo .- CONDENAR EN ABSTRACTO al Establecimiento Público Beneficencia del Valle a pagar los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante desde el día Dos (2) Enero de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986), hasta el Veintitrés (23) del mismo mes y año». (fol. 122 C.1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1.- **La demanda**.- El Veintinueve (29) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986), actuando por medio de apoderado legalmente constituido y en ejercicio de la acción contractual que consagra el artículo 87 del C.C.A., La Sociedad APUESTAS CONSOLIDADAS LIMITADA, formuló demanda en contra del establecimiento público denominado BENEFICENCIA DEL VALLE DEL CAUCA, buscando satisfacer las siguientes pretensiones:

«1. Que se declare que la BENEFICENCIA DEL VALLE DEL CAUCA incumplió el contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes número 160 de Noviembre Veintiséis (26) de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984), celebrado entre dicha entidad y la sociedad comercial APUESTAS CONSOLIDADAS LIMITADA.

«2 Que se declare que como consecuencia del incumplimiento que alude el numeral anterior, la BENEFICENCIA DEL VALLE DEL CAUCA es responsable de los perjuicios de orden material y moral que ha causado a APUESTAS CONSOLIDADAS LIMITADA con su comportamiento ilegal y arbitrario.

«3. Que se concede a la BENEFICENCIA DEL VALLE DEL CAUCA al pago de la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS M/l $40'000.000.00) A la sociedad APUESTAS CONSOLIDADAS LIMITADA, suma a la que ascienden los perjuicios materiales y morales que a ésta causó la demanda con su ilícito proceder en contra de la persona jurídica que represento.

La causa petendi, se hace derivar de los siguientes HECHOS:

«1. El Veintiséis (26) de Noviembre de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984), previo el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 26 del decreto 33 de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984), reglamentario de la

Ley de Mil Novecientos Ochenta y Dos (1982) y decreto legislativo de Mil Novecientos Ochenta y Tres (1.983), la BENEFICENCIA DEL VALLE DEL CAUCA celebró con la empresa APUESTAS CONSOLIDADAS LIMITADA, contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes en el Departamento del Valle del Cauca, el mismo que se distingue con el número 160.

«2. Como consecuencia del contrato de concesión indicado en el numeral anterior, la BENEFICENCIA DEL VALLE DEL CAUCA otorgó a APUESTAS CONSOLIDADAS LIMITADA, el Cuatro (4) de Febrero de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985), mediante resolución de gerencia No. 105, licencia de funcionamiento con vigencia por el mismo término de duración del contrato número 160 de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984) (Noviembre Veinte (20) de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984), suscrito entre la Empresa concesionaria y la Beneficencia del Valle (artículo 2 de la resolución).

«3. El término de duración del contrato de concesión número 160 de Noviembre Veintiséis (26) de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984), celebrado entre la BENEFICENCIA DEL VALLE DEL CAUCA y APUESTAS CONSOLIDADAS LIMITADA es de «un (1) año a partir de su perfeccionamiento», según lo estipulado en el mismo.

«4. La cláusula décima quinta del contrato de concesión número 160 de Noviembre Veintiséis (26) de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984), ya mencionado, dispone que él se perfecciona cuando, entre otros requisitos, se aprueben las garantías constituidas, es decir, cuando las pólizas de cumplimiento y las garantías bancarias que debe otorgar (sic) el concesionario sean aprobadas por la entidad competente para tal efecto, esto es, por la CONTRALORIA DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

«5. La CONTRALORIA DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, mediante concepto número 0014 de Enero Veintitrés (23) de Mil Novecientos Ochenta Y Cinco (1.985), aprobó las garantías bancarias constituidas por APUESTAS CONSOLIDADAS LIMITADA.

«6. El contrato de concesión 160 de Noviembre Veintiséis (26) de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984), celebrado entre la BENEFICENCIA DEL VALLE DEL CAUCA y la demandante, se perfeccionó y empezó a regir el Veintitrés (23) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985) y extendió su vigencia hasta el Veintitrés (23) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986).

«7. A partir del Dos (2) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986), la BENEFICENCIA DEL VALLE DEL CAUCA se ha negado sistemáticamente a vender a la sociedad comercial que represento,formularios oficiales para la elaboración y expendio de apuestas permanentes, asumiendo

una conducta inmotivada, claramente violatoria de sus obligaciones contractuales con la concesionaria.

«8. Pero no solamente la entidad concedente se niega a suministrar mediante venta talonarios con formularios oficiales a APUESTAS CONSOLIDADAS LIMITADA, sino que la ilegalidad y arbitrariedad de su conducta, más concretamente la de sus funcionarios, llegó hasta entregar falsos repore (sic) de información al JUZGADO DEPARTAMENTAL DE RENTAS de esta Ciudad, induciendo a esa oficina a ordenar el sellamiento de nuestros establecimientos de ventas al público, localizados en la carrera 3 No. 10 - 20, local 101 de esta Ciudad, atropello cometido el día Miércoles Ocho (8) de Enero del año en curso, a las 17:30 horas. Posteriormente, el día Veinte (20) de los mismos mes y año el juzgado mencionado selló los siguientes locales de venta al público: carrera 3 No. 11 - 23, carrera 3 No. 12 - 06, carrera 7 bis No. 76 - 04, carrera 10 No. 11 - 44, calle 11 No. 3 - 15, calle 13 No. 10 - 04, carrera 3 No. 11 - 22 y carrera 4a. No. 14 - 01.

« La negativa de venta de formularios a la demandante, así como los sellamientos provocados por los funcionarios de la BENEFICENCIA DEL VALLE DEL CAUCA al informar falsamente al Juez de rentas del Departamento del Valle, que APUESTAS CONSOLIDADAS LIMITADA estaba operando, entonces, sin contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes, y por consiguiente, sin licencia,ha causado grave perjuicio moral a mi representada ante la afección del good will, de su prestigio y buen nombre en el comercio, además de los incalculables perjuicios de carácter material representados en el daño emergente por pago de salarios, gastos de funcionamiento y otros que en su oportunidad se probarán, y el lucro cesante por los beneficios dejados de percibir durante el tiempo en que se incumplió el contrato y en el que se mantuvieron sellados los establecimientos de comercio de la demandante, provenientes de la explotación de la actividad lícita que con arreglo a la ley venía desarrollando la demandante.»(fols. 15 a 17 C. 1).

Los fundamentos de derechos propios a la naturaleza de la acción incoada, están enlistados y explicados de manera amplia a los folios 17 a 19 del C. Principal.

2. **Trámite de la primera instancia**.- La Entidad demandada se notificó del auto admisorio y a través de apoderado contestó la demanda se notificó del auto admisorio y a través de apoderado contestó la demanda y manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en ella formuladas. Destaca en su escrito, que la fecha de perfeccionamiento del Contrato de Concesión No. 160 de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984) no se produjo el Veintitrés (23) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Cinco fecha de expedición por parte de la Contraloría Departamental del Concepto No. 0014 según afirmación reiterada del demandante: La fecha de perfeccionamiento fue aquella en que la demandada consideró cumplidos por el concesionario los requisitos exigidos, es decir, el Diez y Siete (17) de Diciembre de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984), tal como lo afirmó la Directora del Departamento de Apuestas Permanentes, mediante memorando DAP-016.

Subraya que la decisión de la Beneficencia de no venderle más formularios oficiales no constituye una actuación arbitraria o violatoria de obligaciones contractuales, puesto que los empresarios de juegos y apuestas estaban notificados que la Entidad Pública había reglamentado desde Septiembre Diez y Siete (17) de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985), la expedición de las respectivas Licencias de Funcionamiento. «Entonces, si el Dos (2) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986), Apuestas Consolidadas Limitada no era concesionario por no habérsele adjudicado nuevo contrato y estando vencido el No. 160 de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984), mi representada no podía continuar vendiéndole formularios para la explotación del juego «. (fls.27 a 50)

Las pruebas pedidas por las partes, fueron decretadas por auto de Veintiséis (26) de Septiembre de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986), y allegadas de manera regular y oportuna a la actuación (fls. 51 y 52 del C. principal).

Vencido el término probatorio se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y rindieran su concepto de fondo, respectivamente (fls. 97 y 109); la parte actora, guardó silencio.

En el escrito que para esa oportunidad procesal hizo llegar el apoderado judicial de la demanda, reitera los planteamientos y solicitudes que formuló al contestar la demanda. Ratifica que frente a contratos de esta naturaleza las garantías otorgadas por el concesionario no requieren ser aprobadas por la Contraloría del Departamento del Valle. Seguidamente precisa que «El contrato de concesión de apuestas permanentes es un contrato especial regulado por normas especiales Ley 1a. de Mil Novecientos Ochenta y Dos (1.982), Decreto Legislativo 386/83, Decreto Reglamentario 33/84, donde se establecen los requisitos mínimos que deben llenar los concesionarios para celebrarlos (Decreto 33/84 artículo 26) y en donde se faculta a las entidades cedentes para establecer las cuantías y el tipo de garantías que deben prestar los Concesionarios para garantizar el cumplimiento del contrato y el pago de los premios, facultad de la que se desprende como lógica consecuencia el que sean ellas mismas a quienes compete verificar si están bien constituidas, si se ha cumplido con lo exigido y aceptarlas, o no hacerlo».

Si el Contrato se perfeccionó cuando la demanda estimó cumplidos los requisitos exigido, esto es, el Diez y Siete (17) de Diciembre de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984), sostiene el apoderado que la Beneficencia del Valle no incumplió el Contrato «ya que el mismo venció el Diez y Seis (16) de Diciembre de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985) y sus efectos se agotaron a partir de esa fecha por tanto la entidad que represento no ha ocasionado perjuicio alguno al demandante y no está obligado a reconocerle indemnización alguna». (fls. 102 a 106).

Los planteamientos y conclusiones de la fiscalía ante el Tribunal difieren diametralmente con los de la parte actora y consecuencialmente estima que debe negarse las pretensiones deprecadas; de su concepto, son relievantes las siguientes reflexiones finales:

« Para este Despacho, como también lo es para la entidad demanda, el contrato se perfeccionó el Diez y Siete (17) de Diciembre de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984) extendiéndose su vigencia hasta la misma fecha de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985), prorrogado hasta el Treinta y Uno (31) de Diciembre de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985). mediante acuerdo No. 032 de Septiembre Diez y Siete (17) del mismo año. Es de relievar que el Veintidós (22) de Octubre del año antes mencionado se declaró la Licitación Pública No. 002 \, en la cual el demandante y la sociedad mencionada en autos participaron.

En aquella oportunidad nada dijo el actor, entendiéndose que aceptaba el vencimiento de su contrato de concesión el Treinta y Uno (31) de Diciembre de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985) pues el mencionado acuerdo No. 032 sólo excluía de dicha prórroga a los concesionarios del Distrito de Buenaventura «cuyos contratos se vencen en Junio Treinta (30) de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986) y a quienes también se les podrá prorrogar en esa fecha su licencia hasta el Treinta y Uno (31) de Diciembre de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986), quedando unificados en esta forma la totalidad de los contratos de Apuestas Permanentes». Tampoco la actora exteriorizó inconformidad alguna con la Resolución G734 de Diciembre Diez y Siete (17) de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985) que excluyó a la misma del otorgamiento del contrato de concesión por el término de un año contado a partir del Primero (1o.) de Enero y hasta el Treinta y Uno (31) de Diciembre de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986)

Por último, y para insistir en que la demandante aceptaba la expiración del término del contrato, es destacar la serie de diligencias que adelantó desde Octubre (mes en que se abrió la licitación) hasta la adjudicación del contrato, sin dejar de mencionar que durante el mes de Diciembre de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985) le fueron suministrados talonarios lo que indica que la demanda sí cumplió el contrato hasta la fecha arriba mencionada». (fols. 110 a 116 C.1).

3. **La Sentencia Consultada.** El A-que adoptó las decisiones que se reseñaron al inicio de este fallo, luego de historiar los antecedentes fácticos y de hacer un serio y detenido análisis de los distintos aspectos de la controversia planteada.

Precisa el Tribunal que el aspecto fundamental de la controversia radica en precisar en que momento se entiende perfeccionado el convenio. De la interpretación que hace de la Cláusula Décimo Quinta del contrato, infiere que su perfeccionamiento ocurrió con el control Fiscal de la Contraloría Departamental ejercido mediante el concepto No. 0014 del Veintitrés (23) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985), el cual abrió la vía para que la administración otorgara la correspondiente Licencia de Funcionamiento permitiendo al Concesionario y sólo desde entonces ejercer legalmente actividades de juego y apuestas permanentes. Al respecto, discurre de la manera siguiente:

«El Decreto 33 de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984) por medio del cual se reglamenta la Ley Primera (1a) de Mil Novecientos Ochenta y Dos (1.982) y el decreto legislativo No. 386 de Mil Novecientos Ochenta y Tres (1.983), estatutos últimos mediante los cuales se dictan normas sobre los juegos de apuestas permanentes, establece claramente que el control del juego permitido por la Ley lo tienen, el Ministerio de Salud, los servicios Seccionales de Salud sin perjuicio del control fiscal correspondiente. Dice así el Art. 89 del Decreto reglamentario «El Ministerio de Salud y los Servicios Seccionales de Salud tendrán la facultad de controlar el presupuesto, la administración de fondos, las transferencias, los gastos de administración , los libros y los registros contables que como resultado del juego de apuestas permanentes tengan las entidades concedentes señalados en este Decreto, sin perjuicio del control fiscal correspondiente»:

«Es decir, que en esta clase de juegos ya sea que las Beneficencias o loterías lo realicen directamente o mediante contratos de concesión con personas naturales o jurídicas, existe también el control ejercido por el Gobierno Nacional, el de la tutela administrativa por la administración departamental, y existe el control fiscal que debe ejercer la Contraloría respectiva. Se encuentra entonces, que lo convenido en el contrato de concesión celebrado por la actora y la Beneficencia del Valle respecto a la aprobación de las garantías por parte de la Contraloría para considerarse perfeccionado el contrato , está acorde con las disposiciones legales y especiales que reglan el juego de apuestas permanentes, con el estatuto de la Beneficencia (Art. 22), con el código fiscal del Departamento cuando exige que todo contrato se debe garantizar (dentro de las excepciones que contempla no se encuentra el contrato de concesión). Y cuando en su artículo 82 expresa que en el evento de no ser obligatorio la revisión por parte del Tribunal Administrativo, los contratos se entienden perfeccionados con la aprobación de las fianzas.

«Es importante anotar que la licencia de funcionamiento no se puede expedir antes del perfeccionamiento del contrato. Así que la Beneficencia la expidió después del concepto emitido por la Contraloría, es decir que correctamente aplicó la norma del Decreto 33 de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984). (Art. 28) que dice «Una vez perfeccionado el contrato de concesión, las entidades concedentes podrán expedir la correspondiente licencia de funcionamiento de apuestas permanentes».

«Si el establecimiento hubiera sido consecuente con las argumentaciones expuestas ahora en esta etapa jurisdiccional, no habría expedido la licencia en el momento en que la emitió, sino con la posterioridad al concepto rendido por la Directora del Departamento de Apuestas Permanentes, actuación que hubiera sido contraria a las disposiciones legales, (fols. 120 y 121 C. 1).

Agrega que el acuerdo 032 de Septiembre Diez y Siete (17) de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985), no era aplicable al concesionario de que tratan los autos pues el contrato no podía estar sujeto o ser susceptible de prórroga alguna para el año de Mil Novecientos Ochenta Y Cinco (1.985), pues sólo vencía hasta el Veintitrés

(23) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986). Además, anota que la administración no podía entender que el contrato hubiera terminado, por el simple hecho de que el Concesionario estuviera participando en una licitación abierta en el término de su vigencia. La terminación, afirma «se configura por la existencia de un hecho concreto estipulado expresamente y no por suposiciones o deducciones. Además, con respecto a la terminación, modificación o interpretación unilateral, se observa que no se configuran las causales y circunstancias consagradas en las normas del Código Fiscal del Departamento». (Arts. 50 a 56).

4. **Los alegatos en el grado de consulta**. La fiscalía del Tribunal se mostró inconforme con la decisión y contra ella interpuso recurso de apelación; sin embargo, como lo sustentó, por auto de Veintiocho (28) de Mayo de Mil Novecientos Ochenta y Dos (1.982) se declaró desierto y oficiosamente se ordenó someterlo al trámite de consulta.

En el término correspondiente para alegar de conclusión en el segundo grado, las partes guardaron silencio (fls. 142 y 143).

Para el agente del Ministerio Público, doctora MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, el a-quo estuvo acertado en los análisis y conclusiones en que basa su decisión y por la misma razón, es del criterio que se confirme la providencia. Fundamenta su punto de vista así:

> La aprobación a que se refiere el documento es la que debe impartir la Contraloría Departamental. La razón es simple; el hecho de que el contrato de concesión tenga una regulación especial en algunos aspectos no lo retrae de la órbita del contrato administrativo que como tal, está sujeto al control correspondiente que ordena tanto el Decreto 222 de Mil Novecientos Ochenta y Tres (1.983) como Código Fiscal del Valle del Cauca.
>
> Así las cosas, a pesar de los distintos puntos de vista expuestos sobre la fecha de perfeccionamiento del contrato, la verdad es que la Contraloría dio su aprobación el Veintitrés (23) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Cinco y, por lo mismo el asentamiento de la Administración dado el Diez y Siete (17) de Diciembre de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984), más la aprobación de la Contraloría Departamental del Veintitrés (23) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985) es lo que determina el perfeccionamiento del contrato que por lo mismo se produjo en esta última fecha.
>
> « En este orden de ideas debe declararse el incumplimiento del contrato y ordenarse la indemnización por los Veinticinco (25) días del mes de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986) (fol. 138 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

La Sala confirmará el fallo objeto de la consulta, pues las decisiones tomadas por el Tribunal se ajustan y constituyen la lógica consecuencia de la realidad que se

recoge en el plenario, la cual, permite apreciar que entre los días Dos (2) y Veintitrés (23) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986) el establecimiento público Beneficencia del Valle del Cauca incumplió el contrato No. 160 del Veintiséis (26) de Noviembre de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984), denominado concesión de apuestas permanentes, celebrado con la Sociedad de Responsabilidad Limitada denominada APUESTAS CONSOLIDADAS LIMITADAS; atinó el A-quo en la evaluación de los supuestos que dan derecho a la demandante a obtener la reparación de los perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante, los cuales se liquidarán en concreto en este fallo.

Como antecedente inmediato de la relación negocial que ocupa la atención de la Corporación, se encuentran la ley primera (1a) de Mil Novecientos Ochenta y Dos (1.982), el Decreto Legislativo 386 de Mil Novecientos Ochenta y Tres (1.983) y el Decreto Reglamentario 33 de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro, que regulan lo concerniente al juego de apuestas permanentes realizado directamente por las loterías y beneficencias que las administran o particulares a través de un contrato de concesión.

En lo que a la Beneficencia del Valle del Cauca se refiere el régimen a que debe ajustarse la concesión de esos juegos y apuestas está regulado íntegramente por el Decreto Extraordinario 1388 de Mil Novecientos Ochenta y Tres (1.983), por el cual se expide el Código Fiscal de aquella entidad territorial. El texto en mención sentó una serie de reglas en materia de contratación que son aplicables a todos los niveles del orden departamental, incluidos los establecimientos públicos. (Art. 33).

Conforme al artículo 57 del estatuto en cita, la celebración de los contratos escritos, tanto administrativos como derecho privado, están sometidos a los siguientes requisitos:

«a. Presentación por el oferente de la paz y salvo por concepto de impuesto sobre la renta y complementarios, desde el momento de formular la propuesta.

«b. Licitación o concurso de méritos.

«c Presentación por parte del contratista del paz y salvo departamental, expedido por la Contraloría del Departamento.

«d. Certificado de disponibilidad y reserva presupuestal expedido por la Contraloría Departamental.

«e. Constitución y aprobación de garantías.

«f. Concepto del Consejo de Gobierno.

«.g Revisión de la Contraloría Departamental.

«h. Firma del Gobernador.

«i. Revisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

«j. Pago de los derechos de timbre nacional y departamental y publicación en la Gaceta Departamental». (Gaceta Departamental pág. 644 C. 2).

El perfeccionamiento de los contratos, se sujeta a las pautas que dan los artículos 81 y 82 *ibídem*, que textualmente expresan:

> « Los contratos a lo este Código salvo disposición en contrario, se entienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que los declare ajustados a la ley. Si no requieren esta revisión, con la aprobación de las fianzas de que trata el artículo 99 de éste Código, y si no requieren constitución de fianzas, con el correspondiente certificado de disponibilidad y reserva presupuestal si hay lugar a él, o una vez suscritos.
>
> «No se podrá iniciar la ejecución de contratos que no se hubieren perfeccionado. En consecuencia no podrá pagarse dinero al contratista, ni puede iniciar trabajos mientras el contrato no esté iniciar trabajos mientras el contrato no esté perfeccionado». (Gaceta Departamental pág. 647 C. 2).

Conforme al artículo 78 de la misma Codificación «Las garantías exigidas deberán constituirse una vez obtenida la constancia de disponibilidad y reserva presupuestal correspondiente, y REQUIEREN LA APROBACION DE LA CONTRALORIA DEPARTAMENTAL « (destacados fuera del texto).

La realidad recogida el asunto *sub-lite*, a través de los diversos medios probatorios, coincide en lo fundamental con la situación fáctica que describe el libelo inicial y demuestra la existencia de los siguientes hechos:

1. Previa autorización de la Junta Directiva, el Gerente y representante legal de la Beneficencia del Valle del Cauca, establecimiento público dèl orden departamental según Decreto 0880 del Veintinueve (29) de Mayo de Mil Novecientos Setenta y Cuatro (1.974) y la firma comercial Apuestas Consolidadas Limitada, suscribieron el Contrato de Concesión No. 160 de Veintiséis (26) de Noviembre de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984), que tiene por objeto permitir al Concesionario la ejecución por su cuenta y riesgo de todas las actividades inherentes al juego de apuestas permanentes con premios en dinero, mediante la utilización de los resultados de los sorteos ordinarios de las loterías.

En el contrato, se previó la cláusula de caducidad y además que tendría una duración de un año contado a partir de la fecha de su perfeccionamiento, siendo objeto de prórroga por períodos iguales previo acuerdo de las partes. En la cláusula

Sexta, la Entidad se obligó una vez se hubiera perfeccionado el contrato a expedir al Concesionario la correspondiente Licencia de Funcionamiento.

A la materia concreta de controversia se refieren las cláusulas DECIMA CUARTA Y DECIMA QUINTA, del siguiente tenor:

"DECIMA CUARTA. DECLARACIONES DEL CONCESIONARIO.-

EL CONCESIONARIO declara: a) Bajo juramento que se entenderá prestado al momento de la firma de este contrato, que no se halla incurso en ninguna de las inhabilidades e incompatibilidades a que hacen referencia los artículos 40, 41 y 42 del Decreto Extraordinario No. 1388 de Mil Novecientos Ochenta y Tres (1.983). b) Que conoce las normas del Decreto 1388 de Mil Novecientos Ochenta y Tres (1.983) (Código Fiscal del Valle) y las que regulan el juego de Apuestas Permanentes (Ley Primera (1a) de Mil Novecientos Ochenta y Tres (1.983) y Decreto Reglamentario 33 de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984). DECIMA-QUINTA. PERFECCIONAMIENTO. Este contrato se entenderá perfeccionado en la fecha en que se aprueben las garantías constituidas, y deberán cumplirse además los siguientes requisitos: 1. Publicación de Gaceta Departamental, 2. Pago de Impuesto de Timbre Nacional y Departamental en la cuantía fijada por la Ley. 3. Autenticación de la firma del Concesionario ante Notario Público. 4. Certificado de existencia y representación legal, y paz y salvo nacional y departamental del CONCESIONARIO. PARAGRAFO. Los costos de legalización del Contrato serán de cuenta del Concesionario. Las partes declaran que es su intención celebrar un contrato regulado por el Derecho Público».(fol. 3 Cdno. 1).

2. La Contraloría Departamental del Valle del Cauca, en cumplimiento de las funciones que le fueron estipuladas por el citado Art. 78 del Decreto Extraordinario No. 1388 de Mil Novecientos Ochenta y Tres (1.983) aprobó las garantías del Contrato mediante el concepto No. 0014 de Enero Veintitrés (23) de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985).

3. Cumplido lo anterior y consecuente con las obligaciones que asumió al celebrar el negocio jurídico, la administración expedido la Resolución No. G-105 del 4 de Febrero de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985) otorgando al demandante licencia de funcionamiento, por el término de duración del contrato y con efectividad a partir de la misma fecha.

4. Todo venía desarrollándose normalmente, hasta cuando la demanda decidió cambiar el marco de operación de los contratos de esa naturaleza y mediante el Acuerdo No. 032 del Diez y Siete (17) de Septiembre de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985) dispuso que los contratos de concesión para la explotación de juegos y apuestas de chance debían otorgarse previa licitación pública. En las mencionadas licitaciones

podrían participar, además, los actuales concesionarios, a quienes, pese a tener vigente un contrato, según el Parágrafo Primero del art. 3o. se les podrá prorrogar su licencia hasta el 31 de diciembre de 1985.

Y sin más preámbulos, la administración abrió la Licitación Pública No. 002 de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985) para recibir propuestas para la explotación de esa actividad, por un año contado a partir del Primero (1) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986).

5. A partir del Dos (2) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986), unilateralmente la administración dio por expirado el término del contrato y desde esa fecha se negó rotundamente a venderle al contratista los formularios indispensables para ejercer la actividad materia de la convención .

De acuerdo con las precisiones normativas que se hicieron antiormente, el contrato quedó perfeccionado con la aprobación de las garantías por parte de la Contraloría Departamental, hecho cumplido el día Veintitrés (23) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985) y rigió por un año contado a partir de esa actuación .

La situación recogida en la realidad procesal demuestra que, la administración no podía desatender las obligaciones que se le derivan del Contrato en la fecha en que lo hizo, pues había ninguna razón válida para ello.

Dentro de las circunstancias que han motivado las reflexiones anteriores, se deduce que la Administración incumplió el Contrato entre el Dos (2) y el Veintitrés *23) de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986) y esa falla indefectiblemente produce los efectos patrimoniales que el actor reclama y que el tribunal reconoció en el fallo consultado.

LOS PERJUICIOS

La Sala valora el dictamen pericial rendido el Veintiuno (21) de Abril de Mil Novecientos Ochenta y Siete (1.987) (fls. 92 a 95), por la seriedad de sus fundamentos y conclusiones extraídos por los expertos del análisis que hicieron sobre los libros oficiales mayor y balance y libro diario; los comprobantes de diario desde Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984); las nóminas o planillas de pago de empleados; facturas de Emcali por servicios públicos de los años Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985) y Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986); los comprobantes de pago de arrendamientos en locales dedicados a la venta de chance y; declaraciones de renta y patrimonio de la Sociedad, en los períodos gravables de Mil Novecientos Ochenta y Cuatro (1.984) y Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1.985).

En la liquidación de la condena en concreto, se tendrá en cuenta la estimación hecha por los expertos, que de Enero a Octubre de Mil Novecientos Ochenta y Seis

(1.986), Trescientos (300) días arroja la suma de ($32.819.264.00) (Treinta y Dos Millones Ochocientos Diez y Nueve Mil Doscientos Sesenta y Cuatro). (gastos directos por arrendamientos, nómina, servicios e impuestos la suma de ($23.550.524.00) (Veintitrés Millones Quinientos Cincuenta Mil Quinientos Veinticuatro); utilidad del período ($9.268.740.00) (Nueve Millones Doscientos Sesenta y Ocho Mil Setecientos Cuarenta). luego los Veintiún (21) días de daño emergente, totalizan la suma de:

$$S = \frac{32.819.264 \times 21}{300}$$

S= 2.297.348.00

2. Para liquidar el lucro cesante, se tendrá en cuenta que la parte actora está constituido por un comerciante y que el objeto del contrato es mercantil, lo cual da lugar al pago por ese concepto de intereses corrientes bancarios, según lo establecido por el inciso 1 del Art. 884 del C. de Co. Entonces el lucro cesante se obtendrá de aplicar al monto del daño emergente el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, entre el Veinticuatro (24) de Enero de Mil novecientos Ochenta y Seis (1.986) hasta la fecha de esta providencia, así

Períodos:

De Veinticuatro (24) de Enero a Veinticinco (25) de Marzo de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986) (Resolución No. 4815)

$$\frac{2.297.348 \times 33.60 \times 61}{36.000} = 130.796.00$$

De Veintiséis (26) de Marzo de Mil Novecientos Ochenta y Seis (1.986) al Veinticinco (25) de Mayo de Mil Novecientos Ochenta y Siete (1.987) (Resolución No. 1374)

$$\frac{2.297.348 \times 33.81 \times 418}{36.000} = 901.874$$

De Mayo Veintiséis (26) de Mayo de Mil Novecientos Ochenta y Siete (1.987) al Diez nueve (19) de Mayo de Mil Novecientos Ochenta y Ocho (1.988) (Resolución No. 1900)

$$\frac{2.297.348 \times 32.52 \times 353}{36.000} = 732.571.$$

Del Veinte de Mayo de Mil Novecientos Ochenta y Ocho (1.988) al Dos (2) de Mayo de Mil Novecientos Ochenta y Nueve (1.989) (Resolución No. 1.700)

$$\frac{2.297.348 \times 34.04 \times 342}{36.000} = 742.916$$

Del Tres (3) de Mayo de Mil Novecientos Ochenta y Nueve (1.989) al Veintisiete (27) de Febrero de Mil Novecientos Noventa y Dos (1.992) (Resolución No. 715).

$$\frac{2.297.348 \times 36.41 \times 1.014}{36.000} = 2.356.041$$

Del Veinticinco (25) de Febrero al Diez y Nueve (19) de Noviembre de Mil Novecientos Noventa y Dos (1.992) (Resolución No. 734).

$$\frac{2.297.348 \times 42.41 \times 261}{36.000} = 706.371$$

TOTAL LUCRO CESANTE $ 5.570.569.00

En resumen la liquidación de los perjuicios quedará así:

Daño emergente $ 2.297.348.00

Lucro cesante $ 5.570.569.00

Sobre las sumas así liquidadas, se causarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios de ahí en adelante.

Por lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE el ordinal PRIMERO de la sentencia consultada, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el Seis (6) de Julio de Mil Novecientos Ochenta y Nueve (1.989).

SEGUNDO: Modifíquese el ordinal SEGUNDO al mismo fallo, en cual quedará así:

Segundo: condenar como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal PRIMERO a la BENEFICENCIA DEL VALLE DEL CAUCA a la Sociedad APUESTAS CONSOLIDADAS LIMITADA: Por concepto de daño emergente, la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS ($2.297.348.00) MONEDA CORRIENTE y por lucro cesante, la suma de CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS ($5.570.569.00) moneda corriente.

Las sumas así liquidadas por perjuicios materiales, devengarán intereses comerciales durante seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de ese término.

TERCERO: Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A. para lo cual se expedirá copia de la sentencia con constancia de su ejecutoria, con destino a la Beneficencia del Valle del Cauca y a la parte actora. (Art. 115 del C. de P.C.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha Diez y Nueve (19) de Noviembre de Mil Novecientos Noventa y Dos (1.992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

ADJUDICACION DE BALDIOS/NOTIFICACION PERSONAL/PUBLICACION/CADUCIDAD/CONTROL JURISDICCIONAL

El plazo de los dos años que se tienen para demandar la declaratoria de nulidad de las adjudicaciones de predios que se afirma tienen la condición de baldíos, debe partir desde la notificación personal del acto o de su publicación real y efectiva en el diario oficial para el caso de predios cuya cabida exceda de 50 hectáreas. La presunción que con el simple pago de los derechos se entendía cumplida la publicación, estaba consagrada únicamente en favor de quien hacía el pago y tenía como objetivo el permitir que inmediatamente pudiera hacerse la inscripción de la resolución en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos. Los terceros quedan enterados del acto administrativo al recibir su notificación, con la publicación de su extracto en el diario oficial, o por los actos de inscripción en el registro público.

ADJUDICACION DE BALDIOS-Requisitos/ **ADJUDICACION DE BALDIOS**-Procedimiento/**BALDIOS**

El procedimiento seguido por la administración en el caso concreto. Se adelantó de manera irregular y tanto él como la adjudicación hecha violaron las disposiciones legales pertinentes. Al practicar la diligencia de inspección judicial, el Jefe de la Comisión hizo caso omiso de su deber de recibir testimonio a los colindantes, lo cual, hubiera permitido determinar desde entonces y a ciencia cierta la persona a cargo de la explotación, si el bien tenía el carácter de baldío o era de propiedad privada y en fin, aclarar los demás aspectos indispensables para resolver sobre si la peticionaria tenía o no derecho a la adjudicación pretendida.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

REF.: Expediente No. 6831

ACTOR: SANTIAGO FONTALVO FERREIRA.-, Demandada La Nación "INCORA".

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 17 de junio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual dispuso:

«PRIMERO: Declarar probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por el apoderado de la señora Ana Clara Gámez de Ballesteros».

«SEGUNDO: Inhibirse a resolver sobre el fondo de la litis».

«TERCERO: Condenar en costas al actor, doctor Santiago Fontalvo Ferreira. Tásense». (Fols. 233-234).

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1.- La demanda.-

Con fecha de 30 de mayo de 1988, SANTIAGO FONTALVO FERREIRA obrando por conducto de apoderado legalmente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., formuló demanda en contra del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria «INCORA».

Solicita se declare la Nulidad de la Resolución No. 00309 del 25 de marzo de 1986, mediante la cual la entidad pública a través de la Regional del Cesar, adjudicó como baldío a favor de ANA CLARA GAMEZ DE BALLESTEROS el predio rural denominado CECILIO, ubicado en jurisdicción del Municipio de El Paso en el Departamento del Cesar.

2. Fundamentos de hecho.-

Aparecen relacionados a los folios 79 a 83 y se reducen en síntesis a lo siguiente:

«1o.- El predio Paso Cecilio que se adjudicó como baldío a la señora: ANA CLARA GAMEZ DE BALLESTEROS, es de propiedad privada, es el mismo predio SANTA TERESITA, que ha venido poseyendo con ánimo de señor y dueño, realizando actos a los que da lugar la titularidad de la propiedad, tales como ocuparlos con ganados, construir casas, corrales, pozos; limpiarlo, cercarlo, hipotecarlo, pagar la hipoteca, cercarlo en todos sus contornos y últimamente venderlo.- Este dominio está legalizado mediante sentencia de Perte-

nencia por Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de dominio, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chiriguaná (Cesar), el día cinco (05) de febrero de mil novecientos ochenta y uno (1981), confirmada por el Honorable Tribunal Superior de Valledupar, Sala Civil-Laboral, de Decisión el día cinco (5) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), e inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Chimichagua, con matrícula No. 192.0004.261».

«2o.- El lote en mención Santa Teresita y/o PASO CECILIO, se encuentra dentro de la porción denominada Bautista, que consta de 5.527 hectáreas, que integraba el gran predio Las Cabezas de: 74.000 Setenta y Cuatro mil hectáreas, al que le siguió proceso de extinción de el derecho de dominio, y culminó con la Resolución Número 02317 de julio 31 de 1974, resolución ésta que el parágrafo del Artículo 1o., no extinguió el derecho de dominio o propiedad al predio Bautista, que por lo tanto no pasó a la Condición de Baldío Nacional.- La precitada resolución, fue modificada por la Resolución No. 2895 de agosto 2 de 1978, emanada también de la Gerencia General del Incora, no variando la situación Jurídica de la Porción Bautista».

«3o.- La adjudicación del predio PASO CECILIO, se hizo contraviniendo las normas que sobre adjudicación de baldíos, preceptúa la Ley 135 de 1961, y su decreto reglamentario 389 de 1974 en el sentido de que no se puede adjudicar un predio con más de 500 metros sobre una vía que constituye carretera nacional, y en el levantamiento topográfico hecho al predio SANTA TERESITA y/ o PASO CECILIO, se observa que por el Oeste colinda en 2.400 metros con el carreteable que va de Cuatro Vientos, a El Paso. Esta vía no es un carreteable, es una carretera nacional».

«4o.- En el trámite de la adjudicación del predio PASO CECILIO, plasmado en el Expediente No. 68887 y 7143 fueron cometidas varias irregularidades, inexactitudes y falsedades, con la complacencia y complicidad de empleados del INCORA-CESAR.- Ellas consisten en que las firmas de la solicitante: ANA CLARA GAMEZ BALLESTEROS, no son las mismas en los documentos que debían ser firmados por esta señora y fueron hechos por personas distintas, es decir, la señora: ANA CLARA GAMEZ DE BALLESTEROS fue suplantada, hasta el colmo que hay documentos en que no coincide siquiera la cédula de ciudadanía, documento este único válido en la identificación de las personas. Para demostrar el aserto de ésta afirmación, relaciono y adjunto fotocopia autenticada de los respectivos documentos a saber:

«a). Acta de Solicitud de Adjudicación, presentada por: ANA CLARA GAMEZ DE BALLESTEROS, el 26 de agosto de 1985, y recibida por Javier Pérez, Jefe de la Comisión, allí se observa manuscrito el nombre de ANA G. BALLESTEROS y la Cédula de Ciudadanía es No. 2.703.321 expedida en Villanueva (Guajira)».

«b) En la constancia de notificación hecha por la secretaria ROSA M. GONZALEZ, el 27 de agosto de 1985, al Personero Municipal de El Paso, y a la peticionaria, aparece manuscrito con distinta caligrafía ANA G. GAMEZ DE BALLESTEROS y la cédula de ciudadanía es No. 2.703.321».

«c). En la diligencia de notificación hecha por el secretario JAIME RICO, el 14 de enero de 1986 al Personero Municipal de El Paso, se observa distinta caligrafía y manuscrito, así: ANA CLARA GAMEZ DE B. y cédula de ciudadanía No. 2.703.321».

«d). En la diligencia de Inspección judicial practicada por Javier Pérez, en asocio de : Mariano de J. Agudelo y Oscar Jairo Malagón, a la cual presuntamente asistió la interesada, se observa otra caligrafía ANA G. DE BALLESTEROS y otra cédula de ciudadanía la número: 27.013.321 de Villanueva (Guajira)».

«e). En el poder que otorga ANA CLARA GAMEZ DE BALLESTEROS a mi dilecto (sic) colega, JOSE MANUEL BAUTE, aparece ANA G. DE BALLESTEROS y cédula de ciudadanía No. 27.013.321. Curiosamente este poder es presentado ante el Notario de la ciudad de Valledupar, el día 15 de abril de 1986, y coincide aquí la firma y la cédula con la anterior. Este poder es arrimado al expediente el día 16 de abril de 1986, por el Doctor José Manuel Baute».

«f). Como si las anteriores suplantaciones fueran poco el mismo 15 de abril de 1986, la peticionaria aparece ratificando un poder al doctor: JOSE MANUEL BAUTE REDONDO, pero la caligrafía, nombre y cédulas varían así.- Aparece ANA G. GAMEZ DE BALLESTEROS. con C.C. No. 2.703.321 y cinco centímetros más abajo en el mismo folio aparece el sello de la secretaría Jurídica del Incora, con presentación personal, pero la cédula es distinta: 27.013.321».

«h). En la diligencia de notificación de la Resolución No. 00309 hecha por Virginia Ojeda, en Mayo 30/86, a ANA CLARA GAMEZ DE BALLESTEROS, aparece otra caligrafía, y otro nombre, se ve letra de principiante ANA C. GAMEZ DE BALLESTEROS, y es imposible que una misma persona hubiese estampado firmas tan disímeles. Aparece la cédula No. 2.703.321 manuscrita por Virginia Ojeda, quien no identificó al autor de la firma que impugnó».

«5o.- Otras irregularidades que fueron cometidas en el trámite de la adjudicación son el producto de actuaciones censurables y punibles de los mandos medios del INCORA en el Cesar. Tal es el caso de JAVIER PEREZ, quien admitió la suplantación y prueba de ellos, es, que escondió el memorial de oposición que le presenté para que no entrara al Despacho del Director antes de proferir la Resolución y desapareció varios documentos en los cuales apoyé

la oposición. Esto se desprende de la comunicación dirigida por Javier Pérez al procurador Agrario y por este al Gerente Regional y que adjuntó en fotocopia autenticada por el secretario Jurídico del INCORA, para mayor ilustración».

«6o.- La señora ANA CLARA GAMEZ DE BALLESTEROS no ha poseído el bien pues cuando la comisión llegó allí manifestaron sus integrantes a mis trabajadores que eran de Catastro y durante todo ese lapso mi posesión ha sido continua, y en la fecha de la solicitud ya se encontraba hipotecada previa visita y avalúo por parte del Banco de Bogotá, y para constituir la hipoteca, que ya fue cancelada al Gerente Regional del Incora JESUS ALBERTO ROBLES ROMERO, que es el mismo Gerente que firmó la adjudicación y me expidió una certificación de no afectación».

«7o.- El Ministerio de Obras Públicas y Transporte, mediante la resolución No. 6665 de Julio 27 de 1983 «Por la cual se distribuye la contribución de Valorización por la construcción y pavimentación de la carretera San Roque Bosconia (Variante de pavas) relacionó el predio como de mi propiedad y estableció la correspondiente contribución. Fotocopia de cuyo recibo adjunto».

«8o.- El Predio Santa Teresita es ocupado en la actualidad por ALVARO SANCHEZ MARTINEZ en virtud de un contrato de promesa de compraventa que celebramos y en cumplimiento de esa convención el Señor SANCHEZ MARTINEZ ha cancelado la obligación hipotecaria que pesaba sobre el referido bien». (Fols. 79 a 83).

La relación de las normas violadas y el concepto de la violación, aparece consignado a los folios 83 y 84.

3.- **La actuación procesal en la primera instancia.**

Practicada la notificación del auto admisorio a la demanda y a la adjudicataria, comparecieron a la actuación mediante apoderado quienes en oportunidad contestaron el libelo introductorio del proceso y además solicitaron la práctica de pruebas; el mandatario judicial de ANA CLARA GAMEZ, igualmente propuso como excepción de fondo de caducidad de la acción. (fols. 138 a 147). Las pruebas pedidas por las partes, fueron decretadas por auto de 27 de septiembre de 1990.

Transcurrido el término que les fue concedido con el objeto de que pudieran acreditar los supuestos fácticos que sirven de apoyo tanto a las súplicas de la demanda como de la impugnación, se corrió traslado del proceso a fin de que las partes presentaran sus alegatos de conclusión y así mismo la Fiscalía rindiera su vista de fondo (fol. 211); para esta oportunidad procesal, el apoderado de la adjudicataria guardó silencio.

La parte actora presentó el memorial visible a los folios 215 a 218, en el que solicita resolver favorablemente a las súplicas impetradas en la demanda en vista a

que la adjudicación impugnada contraviene abiertamente las disposiciones adjetivas y materiales que regulan la materia: En cuanto a las primeras, porque en el plenario se demostró que en el trámite seguido hubo diversas anomalías e irregularidades, algunas de las cuales tienen el carácter de ilícitos por lo cual están siendo investigadas por el Juzgado 13 de Instrucción Criminal del Distrito de Valledupar, entre las cuales pueden mencionarse la suplantación de la firma de ANA CLARA GAMEZ, ocultamiento de los escritos de oposición y desaparición de documentos que le sirvieron de apoyo.

En lo concerniente a los segundos, destaca que contra expresa prohibición la titulación se hizo sobre un predio con más de mil metros sobre una vía que constituye una carretera nacional y fundamentalmente que él es de propiedad privada «La adjudicación impugnada se refiere a un lote que hizo parte de un predio de mayor extensión denominado «LAS CABEZAS» predio éste al que se le siguió proceso de extinción del derecho de dominio y que culminó con la Resolución No. 02317 de 1974 emanada de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria que obra en el proceso, que no extinguió el derecho de dominio o propiedad y por lo tanto no pasó a la condición de baldío nacional, razón por la cual no se puede adjudicar con esta calidad».

La apoderada de la entidad pública, en su escrito, que obra a folios 213 y 214, pide declarar la improsperidad de las súplicas formuladas en la demanda, en razón a que en el proceso quedó demostrado que en la actuación administrativa no se incurrió en violación de las normas aplicables y menos en inexactitud en los datos que se tuvieron en cuenta para otorgar el título contra el que se dirige la acción y que por el contrario, se cumplió bien o cabalmente el ordenamiento jurídico que debe observarse en estos casos; relieva que el actor no demostró que en la actuación administrativa se hubiera incurrido en violación de las normas aplicables y menos en inexactitud en los datos que se tuvieron en cuenta para otorgar el título contra el que se dirige la acción y que por el contrario, se cumplió bien o cabalmente el ordenamiento jurídico que debe observarse en estos casos; relieva que el actor no demostró que la adjudicataria hubiera estado separada de la posesión de las tierras entre la fecha en que hizo la solicitud inicial y cuando concluyó la etapa probatoria de las diligencias de titulación.

La Fiscalía del Tribunal, en el concepto que rindió, estima que debe despacharse favorablemente la excepción de caducidad de la acción propuesta por el mandatario judicial de adjudicataria. Al efecto, subraya que el término debe contarse a partir del 28 de mayo de 1986 fecha en que Incora hace constar expidió el recibo de caja de pago de los derechos de publicación de la resolución en el Diario Oficial y que como la demanda solo se recibió hasta el 30 de mayo de 1988, es decir, transcurridos más de dos años, para que ésta oportunidad se había consumado la caducidad de la acción (fols. 220 a 222).

4.- **La sentencia apelada.-**

En la providencia objeto de alzada, visible a los folios 225 a 234, el Tribunal acoge la excepción de caducidad de la acción propuesta por la adjudicataria y coadyuvada por la Fiscalía.

Para el a-quo, la acción fue incoada por fuera de los dos años que prevé el inciso 5o. del Artículo 136 del C.C.A., modificado por el Artículo 23 del Decreto 2304 de 1989 y para aducirlo, discurre de la manera siguiente:

> «..el requisito de publicación en el Diario Oficial se entenderá cumplido con el pago de los derechos correspondientes» es claro, que cuando la demanda se presentó ante el Consejo de Estado, o sea, el día 30 de mayo de 1988 (véase folio 86 vto. de expediente) ya había expirado el plazo que tenía para incoar la acción, porque está probado también (f. 136) que los derechos de publicación en el Diario Oficial fueron pagados el día 29 de mayo de 1986".
>
> «Como corolario de lo anterior encontramos que desde la fecha de la publicación, o sea, la del pago de los derechos de publicación en el Diario Oficial (29 de mayo de 1986) hasta la fecha de presentación de la demanda (30 de mayo de 1988) transcurrieron más de dos años, porque éstos vencieron el día 29 de mayo de 1988». (fol. 233).

5.- **Los alegatos del segundo grado.-**

Inconforme con la decisión que se dejó extractada, la parte actora la apeló oportunamente. En el escrito en que sustenta el recurso, pide revocarla y en su lugar resolver la controversia conforme a las súplicas y pruebas arrimadas a los autos.

Señala que la acción no está caducada, en virtud a que la notificación del acto administrativo reclamado le fue hecha a la adjudicataria el 30 de mayo de 1986 y no el 30 de marzo del mismo año, como se aprecia de su texto «pues repasando detenidamente el calendario he encontrado que esa fecha es día domingo que por mandato legal, las oficinas del orden Nacional, Departamental y Municipal no atienden al público al igual que ocurre con los Jueces y Magistrados».

Desde el 30 de mayo de 1986, dice, hasta la fecha de presentación de la demanda no habían transcurrido los dos años de que habla la norma, pues falta el término de ejecutoria.

En el término que les concedió el *ad-quem* para presentar sus alegatos de conclusión, las partes guardaron silencio. El Agente del Ministerio Público, Doctora GLORIA ALDAS GARCIA, emitió su concepto en el sentido de que la providencia debe ser revocada y en su lugar el asunto *sub lite* debe fallarse de fondo y favorablemente a las pretensiones de la demanda, que encuentra ajustadas a derecho.

Afirma que no se configuró la caducidad de la acción pues el término de los años que tenía el actor para incoar la demanda empezó a correr el día siguiente de hecho el pago de los derechos de publicación, esto es, el 30 de mayo de 1986 y que la demanda de 30 de mayo de 1988, fue introducida en tiempo; además, precisa que de haber caído el último día hábil el 29 de mayo de 1988, por ser domingo, el término se extenderá hasta el siguiente, de conformidad con los artículos 62 del C. de Régimen Político y Municipal y 121 del C.P.C.

En lo concerniente a las cuestiones de fondo, el Agente del Ministerio Público estudia en detalle los diversos medios de convicción y al final dice «Las pruebas relacionadas conducen a concluir que en el caso sub judice, la adjudicación hecha a la señora Clara Gamez de Ballesteros por medio de la Resolución acusada, no se efectuó en la forma prescrita, por cuanto, el mismo no ostentaba la calidad de baldío, por estar su dominio en cabeza del demandante, quien por todos los medios pretendió evitar la adjudicación que en forma irregular se llevó a cabo. Demostrando como prueba idónea, que el predio era explotado por él, quien ejercía sobre el mismo actos propios de señor y dueño». (fols. 254 a 263).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PRIMERO: Para la Sala el fallo objeto del recurso de apelación no debe confirmarse y será revocado por las razones que se expresan a continuación:

A. Como bien lo advierte el colaborador del Ministerio Público, sí se cuenta la caducidad a partir del 29 de mayo de 1986 el término preclusivo de los dos años para promover la acción que vencería en la misma fecha del año de 1988, pero, como ésta cayó en domingo, tal extremo se traslada para el siguiente, 30 de mayo de 1988, que se constituye por consiguiente en el último día hábil para incoarla, que fue precisamente la oportunidad en que se recibió la demanda incoativa del proceso.

B. El plazo de los dos años que se tienen para demandar la declaratoria de nulidad de las adjudicaciones de predios que se afirma tienen la condición de baldíos, debe partir desde la notificación personal del acto o de su publicación real y efectiva en el diario oficial, para el caso de predios cuya cabida exceda de 50 hectáreas. La presunción que con el simple pago de los derechos se entendía cumplida la publicación, que establecía el inciso 2o. del artículo 5o. del Decreto 2703 de 1981 (derogado expresamente con supresión de esta figura jurídica por el Decreto 2275 del 3 de noviembre de 1988), estaba consagrada únicamente en favor de quien hacía el pago y tenía como objetivo el permitir que inmediatamente pudiera hacerse la inscripción de la resolución en la correspondiente oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Los terceros, quedan enterados del acto administrativo al recibir su notificación, con la publicación de su extracto en el diario oficial, en los eventos de conducta concluyente a que se refieren los artículos 48 del C.C.A. y 330 del C.P.C., ó bien, por los actos de inscripción en el registro público, de acuerdo a lo previsto en el artículo 44 del C.C.A.

De acuerdo con el certificado de propiedad y gravámenes expedido por le Registrador de Instrumentos Públicos de Chimichagua, el registro del acto acusado se practicó el 16 de julio de 1986.

En tales condiciones, puede afirmarse sin lugar a duda que la acción está promovida en tiempo y no tiene prosperidad la excepción de caducidad que contra ella propuso la administración, siendo coadyuvada por la Fiscalía del Tribunal.

SEGUNDO: Visto lo anterior, procede el estudio de fondo de la materia objeto de controversia para lo cual se hacen las siguientes precisiones:

El Decreto 2703 de 1981, en su artículo 4o. disponía que en el trámite administrativo debería practicarse una diligencia de inspección ocular, en la cual, entre otras funciones, el jefe de la comisión a instancia del interesado o de oficio recibirá los testimonios de los colindantes, los documentos que se le presenten y cualquier otra prueba conducente teniendo en cuenta que todas ellas solo deben referirse a los hechos objeto de examen, que la misma disposición enuncia.

Por su parte, el artículo 12 del Decreto 389 de 1974, disponía que antes de decidir definitivamente sobre la solicitud inicial de la actuación, el Incora debería verificar la procedencia legal de la petición, con el fin de evitar que la adjudicación se haga en favor de solicitantes que no cumplan con las exigencias que prescribe la Ley o que recaiga sobre terrenos que no reúnen las calidades de baldíos adjudicables tales como los terrenos ejidales, los reservados con destino específico o para comunidades o reservas indígenas.

La persona aspirante a la adjudicación de tierras baldías estaba obligada a demostrar que tenía bajo su explotación las dos terceras partes al menos de la superficie solicitada (Inciso 2o. art. 29 de la Ley 135 de 1961); el lindero de las tierras sobre las vías-carreteables, ferroviarias o río navegable - no será mayor de 1.000 metros (art. 31 ibidem) y; quien hubiere obtenido la titulación de tierras baldías no podrá obtener nuevas adjudicaciones antes de transcurridos cinco (5) años contados desde la anterior (art. 37 O. cit).

Conforme al artículo 44 del Código Fiscal «son baldíos y en tal condición pertenecen al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño....». Al instituto Colombiano de la Reforma Agraria le está encomendado administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional y en tal virtud está facultado para adjudicarlas, constituir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas, todo de acuerdo con las normas vigentes y con las disposiciones de la Ley 135 de 1961 (ordinal a) del Art. 3o. ibidem).

En el caso concreto, el procedimiento seguido por la administración se adelantó de manera irregular y tanto él como la adjudicación hecha violaron las disposiciones legales que se mencionaron precedentemente. A parte de las fallas que se observan, se refiere el Oficio que con fecha del 8 de abril de 1986, el Procurador Agrario le

dirige al Gerente de la Regional Cesar al Incora, en el cual, le advierte que se ha violado el Decreto 389 de 1974 (fols. 67 y 68); sus apreciaciones, fueron ratificadas por algunos funcionarios de la entidad en las comunicaciones agregadas a los folios 69 a 71.

Los defectos más relievantes de que adolece el trámite, son los siguientes:

a) Se afectó el debido proceso y el legítimo derecho de defensa del demandante, pues la oposición que formuló no obtuvo pronunciamiento alguno del Incora; el memorial respectivo se ocultó por algún tiempo y cuando finalmente apareció, se habían extraviado sus anexos. La irregularidad se pudo en evidencia y no obstante, nada ocurrió en la actuación y menos en la vía disciplinaria, pero queda claro, que esa conducta a todas luces censurable solo tuvo por fin evitar que las personas cuyos intereses pudieran resultar eventualmente afectados lograran intervenir de manera efectiva en defensa de sus derechos.

b) Al practicar la diligencia de Inspección Ocular, el Jefe de la Comisión hizo caso omiso de su deber de recibir testimonio a los colindantes, lo cual, hubiera permitido determinar desde entonces y a ciencia cierta la persona a cargo de la explotación, si el bien tenía el carácter de baldío o era de propiedad privada y en fin, aclarar los demás aspectos indispensables para resolver sobre si la peticionaria tenía o no derecho a la adjudicación pretendida.

c) La administración se mostró negligente, al no haber hecho o por lo menos al no realizar en debida forma el estudio previo a decidir definitivamente sobre la adjudicación. Con la diligencia y cuidado exigibles en estos eventos, es absolutamente seguro que el acto administrativo no hubiera podido producirse.

Desde el punto de vista material, la adjudicación no era legalmente viable, en primer lugar, porque aún no habían transcurrido 5 años desde cuando la misma regional del Incora, mediante la Resolución No. 001636 del 23 de noviembre de 1981, le adjudicó a Ana Clara Gamez de Ballesteros el predio baldío denominado La Fortuna, ubicado en el Municipio de Barrancas en el Departamento de la Guajira. (fols. 205 y 206); en segundo lugar, en razón a que en el expediente administrativo no existe prueba convincente y demostrativa que la peticionaria tuviera bajo su explotación las dos terceras partes de las tierras pretendidas en adjudicación; en tercer lugar, porque de acuerdo con el dictamen pericial rendido en la actuación el inmueble Paso Cecilio colinda con la carretera nacional que de Cuatro Vientos conduce al Municipio de El Paso y; en cuarto y último lugar, en virtud de que Ana Clara Gamez se hizo adjudicar un predio que sabía era de propiedad privada, cuyo dominio no puede adquirirse por esa vía.

El predio en cuestión, está matriculado bajo el No. 192-0004,785 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Chimichagua, con supuestos antecedentes de tradición y dominio que parten del 12 de septiembre de 1970, con una protocolización que hizo LUIS ENRIQUE PUMAREJO RUIZ, quien lo vendió a

DOLORES LOPEZ CERCHAR, que a su vez lo enajenó a favor de ANA CLARA GAMEZ DE BALLESTEROS.

Por no haber asumido la parte actora la carga probatoria que le correspondía, no se logró establecer en forma concreta que el predio o los inmuebles Paso Cecilio y Santa Teresita, se hubieran desenglobado de la finca Bautista, que a su vez hizo parte de la Hacienda Las Cabezas con una cabida total de 74.000 hectáreas.

Tampoco está establecido en forma clara e inequívoca que Paso Cecilio corresponda o coincida en su totalidad o parte con el dominio Santa Teresita, el cual obtuvo el actor por declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva de dominio, según sentencia de 5 de febrero de 1981 dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chiriguaná, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar el 18 de agosto del mismo año.

La aseveración en contrario hecha por los expertos, no puede apreciarse por falta de respaldo en el plenario. No se allegó a los autos las sentencias sobre la prescripción adquisitiva a fin de conocer los linderos y colindancias, lo mismo que el bien concreto y propietario anterior despojado del dominio y en esas circunstancias, se desconoce sí efectivamente se da la alegada identificación predial y además si los citados fallos le son oponibles a la adjudicataria.

Y no puede tomarse partido en este tópico, pues a lo dicho se agrega que los bienes continúan apareciendo matriculados independientemente y autónomamente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Chimichagua: Santa Teresa, en el Folio No. 192-0004.261 (antes 00-01-001-0193-000 -fls. 49 y 50), el 8 de febrero de 1985; y Paso Cecilio en el No. 192-0004.785, para el 21 de noviembre de 1986.

En razón a que guarda gran similitud con lo ocurrido en el asunto sub-lite, se reiteran los planteamientos que se hicieron en la sentencia del 19 de septiembre de 1991 (expediente No. 5907 Actor: Antonio Habeih Guzmán), en la que con ponencia del Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo, se expresó:

> «El expediente pone de presente que se utilizó el procedimiento de adjudicación de un bien baldío para cumplir con los fines de la reforma agraria, sino para lograr, de una vez por todas, por un camino inadecuado, la satisfacción de un fin último que solo se podía buscar o pretender ante la justicia ordinaria y por un procedimiento propio».
>
> «La Vía de la Adjudicación y su Desviación».
>
> «El legislador reguló la adjudicación de los baldíos de propiedad del Estado con miras a otorgar tierras a aquellas personas que vinculen su capacidad de trabajo a la actividad explotadora de las mismas. Quiso así el legislador estimular el esfuerzo productivo de los sin tierra, y facilitar por ese medio la paz

social. Con ello pretende contribuir a la armonía entre los colombianos, al mejoramiento de sus condiciones de vida, mediante una adecuada explotación económica de las tierras incultas o deficientemente utilizadas».

«Por esa finalidad se ha venido desvirtuando, en parte, por culpa del mismo Estado. Parece que al Incora le ha faltado conciencia agraria, hasta el punto que debiendo ser un factor, el más importante de todos, para morigerar los conflictos sociales del campo, con conductas como ésta fácilmente se desvirtúa su misión».

«Y se ha prestado para que los interesados de derechos en conflicto vinculados a la propiedad rural, zanjen sus diferencias por la vía rápida de la adjudicación de los inmuebles como baldíos. Así, es más cómodo y expédito evitar un juicio reivindicatorio o de dominio o uno de sucesión por la vía de la adjudicación, que acudir a la justicia ordinaria mediante un proceso de nunca acabar».

«Y esto aunque parezca imposible se volvió práctica común. Basta solicitar la adjudicación del predio en litigio ante el Incora con la seguridad de que nadie se enterará de lo que está sucediendo hasta que el procedimiento de adjudicación culmine. Los mismos formatos elaborados por el Incora, con el pretexto de agilizar sus trámites, se prestan a esos fáciles logros. Y si a eso se suma que los funcionarios del Instituto la más de las veces ni siquiera pisan el terreno que está en vía de adjudicación sino que se atienen a la información, obviamente interesada, que les suministra el solicitante y que tampoco se preocupan por notificar a los posibles interesados y menos a los colindantes, se entiende el por qué lo que se ideó como un mecanismo serio para estimular el trabajo del campo y para darle tierra al que la explota, haya legado a ser en muchos casos una herramienta 'habilidosa' en manos de personas inescrupulosas».

Como en el procedimiento administrativo y en el acto que lo culminó se violaron las disposiciones aplicables de la Ley 135 de 1961 y sus decretos reglamentarios, procede en consecuencia la declaratoria de nulidad impetrada en la demanda, el restablecimiento del derecho en este caso, se verifica con la cancelación en el registro público del acto materia de la impugnación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia apelada, esto es, la del 17 de junio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar.

SEGUNDO: DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 00309 del 25 de marzo de 1986, mediante la cual el Gerente de la Regional Cesar del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, adjudicó a ANA CLARA GAMEZ DE BALLESTEROS el predio rural denominado PASO CECILIO, ubicado en jurisdicción del Municipio de El Paso en el Departamento del Cesar.

En firme este fallo, compúlsese copia con destino al Registrador de Instrumentos Públicos de la Oficina de Registro del Círculo de Chimichagua, a fin de que proceda a cancelar definitivamente el registro hecho del acto administrativo que se deja anulado, diligencia cumplida el 16 de junio de 1986, en el Folio de Matrícula No. 192-0004.785.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO

Si el camión se enredó en las cuerdas, se debió necesariamente a que estas estaban tendidas por debajo de la altura permitida. El hecho de que la caída del poste que mató al menor fue consecuencia directa de que el camión se enredó en esas cuerdas, aparece plenamente demostrado. La muerte del menor ocurrió como consecuencia de haberle caído el poste encima; el ente demandado es administrativamente responsable por la muerte del menor, responsabilidad derivada de falla en el servicio, tipificada en el hecho de que las cuerdas telefónicas estaban por debajo de la altura mínima permitida. De pasar el camión y haber estado bien colocadas las cuerdas, no se hubiera ocasionado el daño; también, si el conductor del camión hubiera parado cuando se enredó en las cuerdas, se hubiera evitado la caída del poste.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Ref. Expediente No. 7022 Actor : ROSALBA ROMAN SOTO Y OTROS. Demandado: EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE PEREIRA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora llamada en garantía, contra la sentencia de 29 de agosto de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se dispuso:

> «1. Se declara administrativamente responsable a las Empresas Públicas de Pereira de la muerte del menor Oscar Mario Gil Román, ocurrida el 24 de junio de 1988 en esta ciudad.»

«2. En consecuencia se condena en concreto a las Empresas Públicas de Pereira a pagar por concepto de perjuicios morales a Oscar Gil Ramírez, identificado con la cédula No. 10.066.581 de Pereira; y a la señora Rosalba Román Soto, identificada con la cédula No. 24.935.342 de Pereira el equivalente a mil gramos de oro (1.000) para cada uno.»

«Estas sumas devengarán intereses comerciales hasta su pago, durante seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y de ahí en adelante devengarán intereses de mora.»

«3. A la presente sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el art. 176 del C.C.A.. Para su efectividad se enviará copia al Agente del Ministerio Público.»

«4. Comuníquese esta sentencia al señor Gerente de las Empresas Públicas de Pereira.»

«5. Se condena a LA NACIONAL, COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. a pagar a las Empresas Públicas de esta ciudad, la suma equivalente a dos mil gramos oro, con deducción de un millón de pesos ($1'000.000,oo).»

«6. Niéganse las demás súplicas de la demanda.»

I. ANTECEDENTES PROCESALES.

1o.- **La demanda**.-

Con fecha 21 de mayo de 1990, ROSALBA ROMAN SOTO y OSCAR GIL RAMIREZ actuando por conducto de apoderado legalmente constituído y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el art. 86 del C.C.A., formuló demanda en contra del establecimiento público denominado EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE PEREIRA, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

«1a. Que las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE PEREIRA es administrativamente responsable de la muerte del menor OSCAR MARIO GIL ROMAN, ocurrida el 24 de Junio de 1988, en la carrera 7a. con calle 38, del área urbana de Pereira, cuando le cayó un poste del alumbrado público.»

«2a. Que como consecuencia de lo anterior, las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE PEREIRA, debe pagar a los padres del menor, ROSALBA ROMAN SOTO Y OSCAR GIL RAMIREZ, por perjuicios materiales y morales, las siguientes cantidades:

«a) La suma de DOSCIENTOS MIL PESOS por gastos de entierro.

«b) Mil gramos de oro para Rosalba Román Soto por perjuicios morales.

«c) Mil gramos de oro para Oscar Gil Ramírez por perjuicios morales.

«d) A la sentencia debe dársele cumplimiento dentro de los términos y condiciones establecidos en los artículos 176 y 178 del Código Contencioso Administrativo.»

2o.- **Los Hechos.-**

Aparecen relacionados a folios 5 y 6 y en resumen dicen :

El 24 de junio de 1988, cuando el niño OSCAR GIL RAMIREZ se encontraba parado en la esquina de la Carrera 7a. con Calle 38, de la ciudad de Pereira, falleció como consecuencia de haberle caído encima un poste de cemento utilizado por las Empresas Públicas de Pereira, para la conducción de energía.

El poste se cayó porque la carrocería del camión de placas SN-8287 conducido por el señor Vicente Aguirre Bastidas que tenía una altura de 3.93 Mts, se enredó en las cuerdas de la luz que estaban a una altura del suelo de 3.55 Mts, es decir por debajo de la altura mínima permitida que es de 6 Mts para líneas secundarias y 7 Mts para primarias.

El menor era hijo extramatrimonial de los demandantes.

3o. **Actuación procesal.-**

Admitida la demanda que fué presentada en tiempo, se notificó al gerente del ente demandado, quien constituyó apoderada. Oportunamente ésta presentó dos escritos, uno llamando en garantía a La Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., por tener suscrita con ésta, el contrato de responsabilidad civil extracontractual No. 1001526 con vigencia entre el 30 de abril de 1988 y el mismo día de 1989, puesto que entre otros riesgos, amparaba los hechos que dieron origen a la demanda. En el otro escrito respondió la demanda, allí dijo que no le constaban los hechos, y se opuso a que se despacharan afirmativamente las pretensiones, por cuanto el ente demandado no debe responder, porque el daño se produjo exclusivamente por el hecho de un tercero, el señor Vicente Aguirre, conductor del camión; que éste automotor tenía excesiva altura. También destaca que el camión no se enredó en las cuerdas de la luz, sino del teléfono.

El Tribunal admitió el llamamiento en garantía y ordenó citar a la Sociedad La Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., quien a través de apo-

derada judicial dió respuesta a la demanda, mediante el escrito que reposa a fls. 52 y ss, en el cual negó algunos hechos, dijo que no le constaban los demás e imputó la responsabilidad exclusiva del hecho, al conductor del tractocamión. Respecto al llamamiento en garantía, aceptó la existencia de la póliza, pero destacó que esta consagra unas exclusiones y unos riesgos que protege, que sólo si se reúnen estos dos requisitos estaría llamada a responder. Igualmente señaló, que con base en esa misma póliza, ha sido llamada en garantía en otros procesos en los que sí resulta condenada, no habría lugar a este llamamiento. Finalmente como excepción, propuso la de CULPA GRAVE DEL ASEGURADO, la que no motivó.

Agotado el período probatorio, se dispuso el traslado para que las partes y el Ministerio Público, presentaran sus alegatos y concepto respectivamente. En esa oportunidad la demandada, insistió en que el daño fué producido exclusivamente por el hecho de un tercero y como argumento nuevo, plantea que de acuerdo al Código Departamental de Tránsito, a las tractomulas les está vedado transitar por las calles céntricas de la ciudad; que en consecuencia, la que causó el daño, no podía estar por ese sector. Por último alega que no se puede conceder el equivalente a 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los padres demandantes, porque estos no vivían juntos.

También, la aseguradora presentó su alegato de bien probado, y en él recalca que el daño fué producido exclusivamente por el hecho personal del conductor de la tractomula, lo que a su juicio libera de responsabilidad a la demanda, porque las Empresas Públicas de Pereira, no habían recibido notificación de que los cables presentaran anomalías. Así mismo, dice que la indemnización por perjuicios morales no debe ser el tope máximo legal y, que debe tenerse en cuenta la cobertura máxima de la póliza que suscribió con el ente demandado.

El señor Fiscal ante el Tribunal a-quo, conceptuó que debía accederse a las súplicas de la demanda, porque encontró que las Empresas Públicas Municipales de Pereira eran administrativamente responsables; porque existió falla en la prestación del servicio, toda vez que el extender las redes telefónicas y de luz por las calles urbanas, era un riesgo excepcional para los asociados, riesgo que llegó a ocurrir en este caso.

4o.- **La sentencia recurrida.-**

El Tribunal a-quo, después de transcribir parte de las pruebas recaudadas, encontró demostrado que sí hubo falla en el servicio, porque según el peritazgo, el tendido telefónico estaba por debajo de las previsiones técnicas mínimas recomendables, de acuerdo con disposiciones de las Empresas Públicas de Pereira, lo que ocasionó que el camión se enredara en las cuerdas, sin que la demanda hubiera logrado demostrar la existencia de una causal que pudiera exonerarla de responsabilidad. También condenó a la Aseguradora a pagar a las Empresas Públicas de Pereira, lo que estas tengan que pagar a los demandantes, con deducción de $1'000.000,oo.

5o.- **La apelación.-**

Los actores y la demanda, se conformaron con el fallo del Tribunal. La llamada en garantía apeló y basó su inconformidad en 3 puntos a saber:

1o.-) No hubo falla en el servicio por cuanto el daño es imputable a una causa extraña, el hecho de un tercero que actuó con una negligencia tan grave, que constituyó la verdadera causa del accidente.

2o.-) Fué excesiva la indemnización que por perjuicios morales se concedió, porque en el proceso no se demostró que los demandantes hubieran sufrido los más graves perjuicios morales que puedan imaginarse. Tampoco se les debió conceder en la misma cuantía, por cuanto en el proceso quedó probado que el perjuicio no tuvo la misma intensidad.

3o.-) La condena a la llamada en garantía debió haber sido condicionada al hecho de que la suma asegurada, no hubiere sido agotada por indemnizaciones pagadas en otros procesos.

En segunda instancia sólo alegó la Aseguradora. Fundamentalmente se refiere a los mismos puntos tocados en la apelación e incluye como punto nuevo, el hecho de que el fallo de primera instancia, no tuvo en cuenta el deducible de $1'000.000, pactado en la póliza.

El señor Fiscal Décimo ante esta Corporación, en su concepto visible a fols. 237 y ss, estima que el fallo apelado debe confirmarse, por cuanto encontró que el hecho dañoso se produjo porque las redes telefónicas no estaban a la altura adecuada, lo que configura la falla del servicio por no haberse prestado en debida forma.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA .-

Para la Sala la sentencia apelada debe confirmarse, aunque con algunas precisiones.

El acervo probatorio muestra sin lugar a dudas, que las cuerdas del teléfono, estaban colocadas por debajo de la altura permitida, 5 Mts, conforme lo establecen las normas del propio ente demandado, según el reglamento cuya copia se allegó al proceso (fls. 96 y ss, numeral 3.2).

En la diligencia de inspección judicial practicada por el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal cuya copia reposa a folio 21 del cuaderno No. 2, se constató que la altura del camión con el que ocurrió el accidente, era de 3.93 Mts, tomada desde el piso, es decir, su altura era inferior al límite mínimo al que debían estar tendidas las cuerdas telefónicas. En la misma diligencia se dejó constancia que a una altura de

3.55 Mts, tomada desde el piso, el camión presentaba «... unas manchas negras ocasionadas al parecer con cuerdas ...» Dadas la circunstancias constatadas en esa inspección judicial, forzoso es concluir que si el camión se enredó en las cuerdas, se debió necesariamente a que estas estaban tendidas por debajo de la altura permitida.

El hecho de que la caída del poste que mató al menor OSCAR GIL R., fué consecuencia directa de que el camión de placas SN - 8287 se enredó en esas cuerdas, aparece plenamente demostrado con los testimonios de Carlos Andrés Marulanda (fl. 84 y ss), Guillermo León Colonia (Fl. 88 y ss), y Andrés Fernando Serna (fl. 93), quienes acompañaban al menor al momento de su muerte.

Además, el acta de levantamiento del cadáver, cuya copia obra a fol. 1, del cuaderno No. 2, da cuenta de que la muerte del menor ocurrió como consecuencia de haberle caído el poste encima.

Establecidos estos hechos, encuentra la Sala que el ente demandado es administrativamente responsable por la muerte del menor, responsabilidad derivada de falla en el servicio, tipificada en el hecho de que las cuerdas telefónicas estaban por debajo de la altura mínima permitida.

En este caso, de pasar el camión y haber estado bien colocadas las cuerdas, no se hubiera ocasionado el daño; también, si el conductor del camión hubiera parado cuando se enredó en las cuerdas, se hubiera evitado la caída del poste. Aquí se presenta la concurrencia de dos conductas en el resultado dañoso, lo que encuadra en el art. 2344 del C. Civil que trae consigo solidaridad, la que según el artículo 1.568 ibídem, y por virtud de ella, el acreedor puede escoger si demanda la efectividad de la prestación debida, de uno, de varios o de todos los obligados; aquí se optó por escoger a uno, al ente público.

El interés para demandar que tienen la señora Rosalba Román Soto y el señor Oscar Gil Ramírez, lo encontró el Tribunal en el parentesco que los unía con la víctima. La Sala no comparte en su integridad esta conclusión por cuanto el menor Oscar Gil Román era hijo extramatrimonial de aquellos, según la demanda, y la copia del acta de registro de nacimiento que obra a fol. 2 del cuaderno No. 1, no da cuenta sino de que fuera hijo de Oscar Gil Ramírez, quien además de firmar tal registro, lo reconoció expresamente. No sucedió lo mismo con la demandante Rosalba Román; élla no hizo tal reconocimiento, ni acreditó dentro del proceso el hecho del parto, ni su estado de soltera, o viuda, o legalmente separada, en ese momento. De tal manera que no se probó el parentesco entre ésta y la víctima. Sin embargo, se mantendrá la condena que en su favor impuso el Tribunal, pero en su condición de damnificada con la muerte de Oscar Gil Román, hecho que sin duda le causó grave dolor moral, según lo relataron los declarantes: Amparo Escobar Mejía (fls. 131 y ss) y Leonilde Mayorga de Hernández (fl. 133).

La tasación que de los perjuicios morales hizo el a-quo, también se mantendrá. En primer término, porque éste actuó dentro del prudente arbitrio que le corresponde, y en segundo lugar porque los testimonios si dan cuenta del gran dolor que la muerte del menor, le produjo a los demandantes. Además la muerte de un pariente produce dolor en las personas, dolor que se intensifica según la cercanía del parentesco, que como en el caso que nos ocupa, era el más cercano.

Ahora bien, en relación con la condena en contra de la entidad llamada en garantía, considera la Sala que debe confirmarse, porque si bien es cierto que le asiste razón a la Aseguradora cuando afirma que el riesgo que cubre, está limitado a la suma de $100'000.000, en el proceso no se acreditó que tal monto ya se hubiera copado. Con miras a probar la existencia de varios procesos en los cuales ha sido llamada en garantía, aportó las copias de demandas y sus repuestas, que obran en el cuaderno No. 3, copias que no tienen ningún valor, al tenor de lo perceptuado por el artículo 254 del C.P. Civil, dado que no fueron autenticadas por el funcionario competente, que es el secretario de la oficina judicial donde reposa el original, el que pude estar en el Tribunal Administrativo de Risaralda, y no en el archivo de las Empresas Públicas de Pereira, como se hace constar en el sello de secretaría general de esa entidad, que aparece en cada una de esas copias. Tampoco la certificación que expide la demandada sobre la existencia de esos procesos, es prueba de tal aserto, puesto que esa certificación sólo puede ser expedida por el Tribunal (Art. 116 ídem).

No habiéndose establecido probatoriamente las circunstancias de existir otras providencias condenatorias y la cuantía de las mismas, será otra la oportunidad en que la Aseguradora hará valer sus puntos de vista, si llegasen a concurrir varios fallos, cuando su obligación naturalmente se extenderá hasta el límite del valor asegurado.

Finalmente, la Sala encuentra que el sentenciador de primer grado, al condenar a la Aseguradora, sí ordenó el deducible de $1'000.000 que las partes pactaron en la póliza.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO.- Confírmase, con las precisiones hechas, la sentencia apelada, esto es, la de 29 de agosto de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

SEGUNDO.- Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirán copias de las sentencias con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones del art. 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE,

Este proyecto fué discutido por la Sala en sesión celebrada el, diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

ACTO CONTRACTUAL/ACTO SEPARABLE/LIQUIDACION DEL CONTRATO - Naturaleza Jurídica/**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

El acto unilateral por medio del cual la entidad pública contratante adopta la liquidación por ella elaborada y discutida por el contratista, no es de aquellos que se han denominado como "separables del contrato"; hoy la doctrina y la jurisprudencia aceptan como actos separables del contrato únicamente los que se profieran con antelación a la celebración del contrato, cuyo control jurisdiccional se puede hacer por medio de los artículos 84 y 85 del C.C.A., sin perjuicio de que el demandante pueda válidamente solicitar, al tiempo con la declaración de nulidad de los mismos, la nulidad del contrato, evento en el cual la acción revestirá carácter contractual.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.

Santafé de Bogotá, Veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

Ref.: Expediente N° 5580 Actor: SOC. URICOECHEA CALDERON & CIA. LTDA.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Santander el 26 de agosto de 1988, por medio de la cual decidió:

"1o.- DECLARANSE infundadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"2o.- DECLARASE LA NULIDAD de las RESOLUCIONES Nos, 7337 y 9478 expedidas por el FONDO VIAL NACIONAL el 29 de agosto y el 18 de noviembre de 1984.

"3o.- CONDENASE en ABSTRACTO al FONDO VIAL NACIONAL a pagarle a la firma URICOECHEA CALDERON & CIA. LTDA., los reajustes por no pago oportuno correspondiente al contrato No. 394 de 1980 y a los adicionales al mismo.

"4o.- EL FONDO VIAL NACIONAL pagará así mismo, intereses corrientes desde la fecha en que debió efectuarse el pago hasta la fecha del auto que ponga fin al incidente de liquidación.

"5o.- NIEGANSE las restantes súplicas de la demanda". (fls. 194 a 195 C. 1).

En providencia aclaratoria posterior se dijo:

"ACLARASE el punto segundo de la sentencia de fecha 26 de agosto de 1988, proferida en este proceso en el sentido de que la Resolución No. 9478 cuya nulidad se decretó, realmente corresponde al No. 9487 ". (fl. 202 C. 1).

ANTECEDENTES PROCESALES

I. a) El 7 de noviembre de 1986, por medio de apoderado judicial constituído conforme a la ley, la Sociedad URICOECHEA CALDERON Y COMPAÑIA LIMITADA demandó al FONDO VIAL NACIONAL buscando satisfacer estas pretensiones:

> "... se decrete la nulidad de las Resoluciones Nos. 7337 de agosto 29 de 1984 y 009487 de noviembre 8 de 1984, expedidas por el Señor Ministro de Obras Públicas y Transporte en su calidad de representante legal del Fondo Vial Nacional, mediante las cuales se declaró en firme la liquidación del contrato No. 394 de 1980 y adicionales Nos. 146-81, 899-81, 052-82, 107-82, 485-82, 077-83 y 163-83 suscritos con mi representada, y se resolvió el recurso de reposición interpuesto por mi mandante, respectivamente.
>
> "Como restablecimiento del derecho solicito que se ordene el pago a mi poderdante de las sumas que resulten de aplicar el parágrafo tercero de la cláusula Décima Primera del Contrato principal No. 394 de 1980, a las obras realizadas para el FONDO VIAL NACIONAL por la sociedad 'URICOECHEA CALDERON Y CIA. LTDA.', bajo el citado contrato y los adicionales 146-81, 899-81, 052-82, 107-82, 485-82, 077-83 y 163-83, aplicación que solicitó específicamente del siguiente texto correspondiente al referido parágrafo: 'Elaborada oportunamente el acta mensual de obra y presentada la cuenta con el lleno de los requisitos legales, ésta se ajustará con los índices del mes corres-

pondiente al mes de ejecución de los trabajos. Si el pago se efectuare después de treinta días de la presentación de la cuenta, el índice de ajustes de costos aplicable será el correspondiente al último mes antes de estar disponible el pago a favor del CONTRATISTA'.

"También como restablecimiento del derecho solicito que se ordene el pago de los intereses moratorios causados sobre las sumas acordadas contractualmente y no pagadas o no canceladas dentro del plazo convenido en el contrato, por todo el tiempo a que se contrae la mora y hasta la fecha en que se produzca el pago.

"De la misma forma solicito que se condene al FONDO VIAL NACIONAL al pago de la corrección monetaria de los valores que resulten de dar cumplimiento al parágrafo tercero de la cláusula décima primera del contrato.

"Finalmente solicito, que en la sentencia en forma expresa se diga que las sumas a cargo del FONDO VIAL NACIONAL se reajustarán en la forma señalada por el artículo 177 del C.C.A." (fl. 41 C. 1).

b) Los hechos constitutivos de la causa petendi se narraron de esta manera:

"1.- Entre el FONDO VIAL NACIONAL y mi representada nació una relación contractual a partir de la suscripción del contrato principal N° 394-80 y sus respectivos adicionales citados ya en varias oportunidades en los párrafos que anteceden.

"2.- Durante el desarrollo del contrato, la entidad contratante omitió dar cumplimiento al parágrafo tercero de la cláusula décima primera, específicamente al siguiente texto: `Elaborada oportunamente el acta mensual de obra y presentada la cuenta con el lleno de los requisitos legales, ésta se ajustará con los índices de costo correspondientes al mes de ejecución de los trabajos. Si el pago se efectuare después de treinta (30) días de la presentación de la cuenta, el índice de ajustes de costos aplicable será el correspondiente al último mes antes de estar disponible el pago a favor del CONTRATISTA'.

"3.- Cumplido el objeto del contrato, consistente en la recuperación lineal del pavimento del sector Bucaramanga-El Playón de la carretera Bucaramanga - Santa Marta, se procedió a su liquidación.

"4.- Reunidas las partes con el fin de proceder a la liquidación del contrato, mi mandante expresó su inconformidad, motivo por el cual la Administración expidió la Resolución N° 7337 de agosto 29 de 1984, por la cual declaró en firme el acta de liquidación del contrato principal y adicionales ya citados.

"5.- Mediante Resolución 009487 de noviembre 8 de 1984, la demandada resolvió el recurso de reposición que oportunamente se había interpuesto contra

el acto anterior, constituyendo fundamento principal de este acto el hecho de que `... se está pendiente de una decisión por parte del Honorable Consejo de Estado Sección Tercera, para conocer su pensamiento en el caso de los reajustes moratorios a que se refiere el decreto 808 de 1979 que reglamentó el artículo 74 del Decreto 150 de 1976, con el objeto de obtener claridad suficiente sobre el particular, habida consideración del concepto emitido sobre el mismo asunto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del mismo Consejo de Estado ...'.

"No sobra advertir que la decisión a que se refiere este numeral ya fue pronunciada por el Honorable Consejo de Estado, como consta en la sentencia de agosto 15 de 1985, Sección Tercera, radicación 3916 Contratos, Magistrado Ponente el H. Consejero JULIO CESAR URIBE ACOSTA, habiendo resultado adversa a los intereses del FONDO VIAL NACIONAL, pues de manera clara y contundente se sentenció que la citada cláusula de reajuste era perfectamente legal.

"6.- La conducta de la Administración desconoció o incumplió de manera abierta y ostensible la cláusula décima primera del parágrafo tercero del contrato principal 394 de 1980, en la parte ya citada". (fls. 42 a 43 C. 1).

c) La demanda expresó así los fundamentos de derecho:

"Con el proceder descrito, la Administración, concretamente el FONDO VIAL NACIONAL, de manera unilateral y careciendo de competencia para ello, desconoció el acuerdo de voluntades materializado en el contrato principal 394-80 y sus adicionales, concretamente el parágrafo tercero de la cláusula décima-primera que dispuso que si el pago se realizare treinta días después de la presentación de la cuenta el índice de ajuste sería el correspondiente al último mes antes de estar dispuesto el pago a favor del contratista.

"Esa actitud de omitir el pago de la suma resultante de aplicar esta cláusula, es ostensiblemente violatoria del artículo 1602 del Código Civil en cuanto establece que el contrato es Ley para las partes; también se incurre en violación del artículo 27 del Decreto Extraordinario 150 de 1976, en la medida en que señala la irrevocabilidad de las obligaciones que surgen a raíz de la adjudicación de un contrato, irrevocabilidad que es mucho más severa tratándose de contratos ya suscritos, acto contractual que es posterior al de adjudicación.

"En lo relacionado con la aplicación del Código Civil al caso debatido, es importante recordar el texto del artículo 8° de la Ley 153 de 1887, según el cual cuando `no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes ...'.

Igualmente debo citar como infringidas las siguientes normas de la Constitución Política de Colombia: el artículo 16, porque establece como función de las autorida-

des proteger a los residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, agregando el precepto que corresponde a ellas 'asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares', y está visto que en este caso las autoridades no solamente vulneraron los derechos de mi representado sino que el Estado incumplió sus obligaciones sin que existiera causa legal válida que lo autorizara para proceder en tal forma. Por la misma vía se llega a la violación del artículo 17 de la Carta, pues al negársele a mi mandante el pago de lo convenido, su trabajo quedó completamente desprotegido por el propio Estado". (fl. 43 C. 1).

II. a) El Tribunal admitió la demanda y negó la suspensión provisional solicitada por la actora (fls. 56 a 58); el Fondo demandado se notificó del auto de admisión (fls. 76 y 86) y constituyó apoderado especial cuya personería desconoció la providencia del 23 de mayo de 1987 (fl. 95); el mismo auto abrió a prueba el proceso y, a su finalización se ordenó el traslado legal para los alegatos finales de la instancia (fls. 168).

b) El apoderado de la entidad pública manifestó que "la demanda no cumple con el presupuesto de **ajustarse a las exigencias legales**, por cuanto omite el requisito de que el petitum corresponda a la acción que está ejerciendo. En efecto ejerce la acción **relativa a contratos** y el petitum se refiere a la **acción de restablecimiento del derecho**" (subrayas del texto); añade que esta última acción está encadenada y estima que "... el parágrafo tercero de la cláusula décima primera del contrato principal... prevé dos clases de ajustes y ambos con aplicación de la fórmula matemática allí consignada. El primero de ellos es lo que podemos denominar el **ajuste ordinario** para cada grupo de obra de acuerdo con la fórmula matemática prevista y se efectúa al elaborar cada una de las actas; el segundo de ellos es el conocido como `**ajuste por mora en el pago del acta de obra ejecutada**'.

"El ajuste por mora en el pago es el que pretende el actor que se determine como restablecimiento del derecho, para lo cual entonces es necesario que veamos cuáles son los requisitos contractuales previstos para su reconocimiento que se deducen en los siguientes términos: a) Que el acta haya sido elaborada **oportunamente**, esto es que se haya dado cumplimiento al parágrafo primero de la cláusula décima primera del contrato que dice: `Dentro de los diez primeros días del mes siguiente al de ejecución de las obras', se elaborará entre el interventor y el contratista actas mensuales que registren el valor de la obra ejecutada'; b) Que la cuenta que corresponde al acta mensual haya sido presentada con el **lleno de los requisitos legales**, lo cual implica entre otras cosas que se haya dado cumplimiento al parágrafo primero de la cláusula décima primera del contrato cuando establece que el valor del acta `debe corresponder en forma aproximada a la cuota parte establecida en el programa de trabajo e inversiones'; c) Que el pago se haya efectuado después de 30 días de la presentación de la cuenta, en cuyo caso el valor del acta se ajustará con base en la fórmula matemática prevista pero aplicando el índice de ajuste de costos correspondiente al último mes antes de estar disponible el pago favor del contratista.

"En los términos anteriores el demandante debe demostrar no solo que el pago se ha efectuado después de **treinta días** de la presentación de la cuenta, lo cual

implica que tales días de conformidad con el Código de Régimen Político y Municipal se entienden hábiles y no calendarios, sino que además debe demostrar que el valor del acta de obra ejecutada corresponde al menos a la cuota parte establecida en el programa de trabajo e inversiones para el mes en que se ha ejecutado la obra consignada en el acta, igualmente que tal acta se elaboró dentro de los diez primeros días del mes, en cuyo caso como el mismo contrato lo hace ver son días calendario y no días hábiles". (fls. 172 a 173 C. 1).

c) El Fiscal del Tribunal considera que se deben negar las peticiones de la demanda (fls. 178 - 182).

III. Los pronunciamientos del fallo apelado se apoyaron en consideraciones de este orden:

a) Respecto de las excepciones propuestas, el Tribunal expresó:

"Dada la forma como está concebido el artículo 87 primer inciso que consagra las acciones propiamente contractuales en favor de las partes del contrato -CONTRATANTE y CONTRATISTA- y la situación que ostenta la firma demandante 'URICOECHEA CALDERON & CIA. LTDA.' quien aparece firmando un contrato de obra con el FONDO VIAL NACIONAL a quien señala como demandado, cree la Sala que resulta perfectamente claro el carácter con que se presenta la sociedad actora a pedir que previa la nulidad de unos actos, en la práctica se declare el incumplimiento del contrato por parte de la Administración. En consecuencia, por ser una de las partes contratantes la demandante y una de ellas la demandada la acción indicada precisamente es la contractual. Entrar al análisis parcial de la teoría de los actos separables, como lo hace el señor apoderado de la parte impugnadora, conduce a confusiones innecesarias, ya que precisamente en virtud de ella es como se les otorga a terceros bien diferentes a la parte del contrato la posibilidad de impugnar actos separables o precontractuales presuntamente violatorios de sus derechos, los que no podrían ser objeto de control por vía de acción debido a que las acciones contractuales están instituidas para quienes aparecen comprometidos como PARTES en la relación contractual. Lo que ocurre, según lo enseña el ilustre procesalista Betancur Jaramillo en la obra citada pág. 442 y siguientes, es que los actos unilaterales cuando son impugnados mediante las acciones contractuales, tales controversias se aproximan bastante a las de restablecimiento del derecho. Y es que en verdad, de ordinario el objetivo perseguido por el demandante en la acción contractual se reduce a un restablecimiento apreciable en dinero.

"2a.- En cuanto a la caducidad de la acción, tampoco encuentra la Sala que tengan fundamento las apreciaciones del excepcionante. En efecto, conforme a lo previsto por el C.C.A., en su artículo 136 inciso séptimo, las acciones contractuales caducan a los dos años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que las originan. Como la Resolución que agota la vía gubernativa fue expedida el 8 de noviembre de 1984 y notificada personalmente el 22 del mismo mes, resulta claro que la firma afectada podía válidamente someterla a control por vía de acción hasta el 22 de

noviembre de 1986. De donde resulta, que si la demanda fue presentada el 7 de noviembre de ese año, aún se hallaba vigente la acción" (fls. 187 a 189 C. 1).

b) Sobre el fondo de la controversia dijo:

"1o.- LOS ACTOS IMPUGNADOS. El Fondo Vial Nacional, representado por el Ministro de Obras Públicas y Transporte, conforme a lo dispuesto en el Decreto 222 de 1983 en su artículo 289 inciso tercero expidió el 29 de agosto de 1984 la Resolución No. 7337 mediante la cual le dió firmeza al Acta No. 17 del 20 de junio del mismo año contentiva de la liquidación del contrato No. 394 de 1980 y de varios contratos adicionales celebrados entre el referido Fondo y la firma URICOECHEA CALDERON Y CIA. LTDA. cuyo objeto era la recuperación lineal del pavimento del sector de Bucaramanga El Playón de la carretera a la Costa. Resultó un total de $530.791.015.45.oo -sic-. Se advirtió que dicha cifra constituía el valor del acta de Obra y Ajuste No. 34 más el acta de ajuste definitivo No. 33, pendientes de cancelar.

"La referida resolución fue confirmada por otra expedida por la misma autoridad el 8 de noviembre de 1,984 bajo el número 9487 con motivo de fallar el recurso de reposición. Se mantuvo la medida inicialmente adoptada, quedando en firme la liquidación del contrato, en la cual no se incluyeron los ajustes de precios por pagos tardíos del Fondo Vial Nacional. Se adujo, que no era posible dar aplicación al Decreto 222 de 1983, artículo 86; por el contrario se había celebrado bajo la vigencia del Decreto 150 de 1976, estatuto que debía seguirse aplicando conforme a lo preceptuado por la ley 153 de 1887 en su artículo 38, y, que además estaba pendiente un pronunciamiento del H. Consejo de Estado sobre la misma cuestión.

"2o.- EL CONTRATO ORIGEN DE LA CONTROVERSIA.- Entre el Fondo Vial Nacional y la firma 'URIBE URICOECHEA CALDERON Y CIA. LTDA.' se celebró el contrato No. 394 el 26 de agosto de 1980, cuyo objeto como se ha anotado varias veces en esta providencia, era la ejecución a precios fijos unitarios de las obras necesarias para la recuperación lineal de pavimento del sector Bucaramanga El Playón en la carretera que de esta ciudad conduce a Santa Marta.

"Según la cláusula Décima Primera, Parágrafo tercero el valor del acta por la obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra de acuerdo con la fórmula Pi = Po I/1o., 'Elaborada oportunamente el acta mensual de obra y presentada la cuenta con el lleno de los requisitos legales, ésta se ajustará con los índices de costos correspondientes al mes de ejecución de los trabajos. Si el pago se efectuare después de 30 días de la presentación de la cuenta, el índice de ajustes de costos aplicable será el correspondiente al último mes antes de estar disponible el pago a favor del CONTRATISTA. Los reajustes se consignaran en actas que suscribirán el CONTRATISTA y el Interventor y el FONDO VIAL NACIONAL se compromete a incluir las partidas necesarias en el proyecto anual de gastos.

"3o.- Si bien los contratos celebrados por la Administración en principio se rigen por normas especiales a fin de lograr un régimen de favorabilidad para el sector

Oficial, porque se presume que sus actuaciones siempre están encaminadas a la satisfacción de necesidades de carácter general y que tocan con los servicios públicos, en lo concerniente a los elementos propios del contrato como acuerdo de voluntades, es decir en cuanto atañe a su naturaleza de convicción, siguen para esta clase de acuerdos, teniendo vigencia las normas del Código Civil. Y así puede afirmarse conforme a su artículo 1602, que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, quedando en este criterio incluida la posibilidad de su terminación unilateral, porque así se ha pactado y porque está prevista en normas superiores. Consecuencialmente; si el FONDO VIAL NACIONAL mediante contrato celebrado con sujeción a la ley se comprometió a pagar al contratista un ajuste cuando las cuentas no fuesen canceladas dentro del plazo señalado con antelación y en cuantía también previamente acordada, está en la obligación legal de satisfacer tales pagos cuando se quiera que haya existido retardo en la cancelación de las cuentas.

"Ese sería el principio aplicable, porque aún para la Administración, el contrato celebrado legalmente sigue siendo de obligatorio cumplimiento para quienes lo hayan celebrado. Y en el caso de estudio, nadie discute la legalidad de la contratación. Ella se presume, se efectuó con sujeción a la ley, luego debe ser cumplida a cabalidad por los contratantes. Restaría ahora, dilucidar si está demostrado el incumplimiento de los pagos por parte del FONDO VIAL NACIONAL; y a este respecto lo primero que se advierte es que, la negativa contenida en las resoluciones impugnadas no se fundan sobre la inexistencia de la obligación, como que las razones se reducen a la falta de un pronunciamiento concreto por parte del H. Consejo de Estado sobre la viabilidad de estos reajustes por demoras en los pagos.

"Entonces, aplicable a esta situación podría ser el fallo del alto Tribunal, Sección Tercera, Ponente Dr. Eduardo Suescún Monroy fechado el 20 de septiembre de 1984 y cuyos apartes pertinentes rezan:

"De los anteriores textos se desprende que las partes acordaron a través de la cláusula sexta del contrato adoptar el sistema, la fórmula de reajuste del Ministerio de Obras Públicas, el cual está establecido en el aparte 7.4 del art. 1o. de la citada resolución. Este sistema, tal como aparece en el aparte transcrito, consagra dos ajustes: el correspondiente al mes del pago de las cuentas, cuando éstas se cancelan con más de treinta días de retardo, teniendo en cuenta para el efecto los índices del mes en que se verifique el pago. En realidad se trata de un solo reajuste de carácter compensatorio tendiente a garantizar el pago de la obligación con el valor de la obra y, para mantener su valor verdadero, se prolonga luego hasta cuando el pago efectivamente se produzca'. (Diccionario Jurídico Tomo VI pág. 167).

"De la parte transcrita y en general de la referida sentencia desfavorable al Fondo Aeronáutico Nacional, en la cual se decidieron derechos similares a los discutidos ahora por la firma Uricoechea Calderón y Cía. Ltda., se deduce que en criterio del H. Consejo de Estado, pactar el pago de reajustes por retardos en la cancelación de las cuentas es perfectamente legal, una vez incluída esta modalidad en el contrato, debe ser acatada por la Administración.

"4o. En el caso de estudio, está perfectamente claro según informe suministrado por el mismo Fondo Vial Nacional en oficio del 15 de junio de 1987, que no se liquidaron ajustes por mora en el pago Fl. 101.

"Asimismo, según la relación enviada por la misma entidad, queda establecido que ascienden a más de treinta los pagos efectuados después de treinta días de presentadas las correspondientes cuentas. En estos casos, el Fondo debe cancelar los reajustes, porque, se presume que por parte del contratista hubo un cabal cumplimiento a la Cláusula Décimo Primera Parágrafo Tercero.

"De no haber sido así, en la vía gubernativa éstos han debido ser las razones para negar los referidos pagos. Fls. 10 y 103.

"Así las cosas, serán resueltas favorablemente para la firma actora sus solicitudes pero la condena deberá hacerse en abstracto, conforme lo solicita la demanda y lo manda el C. de P.C., en su artículo 307". (fls. 189 a 194 C. 1).

IV. a) La parte demandada sustentó la apelación con estas razones:

"2.1. La sentencia al dar por no probadas las excepciones propuestas consideradas que la acción ejercida, la del artículo 87, está debidamente invocada, desconociendo que la demanda se dirige contra 'actos separables' como son las Resoluciones Nos. 7337 y 9478 de 1984 por las cuales se declaró en firme el acta de liquidación del contrato No. 394 de 1980 y se resolvió el recurso de reposición contra la primera, respectivamente y en tal evento la acción procedente es la de restablecimiento del derecho del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

"2.2. Al declarar la nulidad de las Resoluciones impugnadas, la sentencia se sustenta en el hecho de que el contrato es Ley para las partes y que habiéndose previsto en aquél ajuste por mora en el pago de las actas de obra ejecutada, por consiguiente el Fondo Vial Nacional estaba en la obligación legal de satisfacer tal obligación, pero desconoce que probatoriamente en el proceso no se demostraron los requisitos contractuales previstos para el reconocimiento de tales ajustes que por formar parte del contrato también son ley para las partes; en estas circunstancias, mal podía el sentenciador de primera instancia al no estar probada la existencia de las actas y el cumplimiento de los requisitos contractuales, condenar a mi representado". (fls. 207 a 208 C. 1).

b) Con idéntico propósito el apoderado de la actora manifestó:

"La razón de esta impugnación obedece a que no estoy de acuerdo con el numeral 4o. de la sentencia recurrida, en cuanto condenó al Fondo Vial Nacional al pago de intereses corrientes durante el período de mora en el pago en sustitución del interés moratorio solicitado en la demanda. Igualmente es motivo de inconformidad el hecho

de que no se hubiera accedido al reajuste o corrección monetaria solicitado en la demanda. Los fundamentos de esta inconformidad son los siguientes:

"La demandante pidió que se condenara al Fondo Vial Nacional al pago de la actualización pactada para los casos en que la cuenta se cancelara transcurridos más de treinta (30) días después de presentada, e igualmente solicitó que sobre esas sumas se ordenara el pago de intereses moratorios durante el término de mora, y ocurre que en el fallo recurrido se decretaron simples intereses corrientes, lo que no resulta ni justo ni equitativo, ya que no solamente la lógica sino la ley y la doctrina del H. Consejo de Estado exigen clara y perentoriamente que durante la mora se causen intereses moratorios. La actualización acordada contractualmente (pago en noviembre aplicando el índice de octubre a los trabajos u obras ejecutadas en febrero y no canceladas oportunamente por la entidad) por las partes, simplemente reconoce un índice que tiene como fin mantener el equilibrio de los precios del contrato, es decir, conservar durante todo el plazo contractual las condiciones económicas existentes a la fecha de celebración del contrato, por lo que resultaría extraño al derecho que sobre esas sumas que tienen la misma condición del capital no hubiera lugar al reconocimiento del interés moratorio.

"Para confirmar lo anterior, creo que es suficiente por su claridad y tratarse de un problema jurídico similar, reproducir el siguiente aparte de la sentencia dictada por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado el 15 de agosto de 1985, en el caso Acoplar vs. Incora. Dicho texto dice así:

"`c) Al examinar la relación de pagos hechos a los CONTRATISTAS, elaborada por el INCORA (f. 169) se deduce que el Instituto demandado se demoró en pagar las cuentas objeto de la reclamación, en todos los casos, más de los sesenta (60) días pactados...

"Como la Administración no pagó cuando tenía que hacerlo, el costo financiero es evidente y se deberá reconocer en forma de intereses moratorios comerciales sobre tales cantidades, durante el tiempo de mora, es decir durante el lapso que excedió el plazo convenido ...'

"Y en relación con la corrección monetaria o indexación solicitada por el actor y sobre la cual la sentencia guarda absoluto silencio, conviene recordar que de acuerdo con el contrato dos son los reajustes: el primero que resulta de aplicar indistintamente, regularmente, normalmente, a las actas de obra ejecutada el índice correspondiente al mes en que las obras se realizaron, cuyo fin es conservar actualizados los precios unitarios del contrato; y el segundo, que se aplica por un hecho o causa específico, como es el de que las cuentas respectivas sean pagadas treinta (30) días después de presentadas, caso en el cual el índice con el que se reajusta la cuenta es el del mes anterior a la fecha en que se hace el pago y no el correspondiente al mes de ejecución de la obra, sumas o réditos éstos últimos sobre los cuales, como ya se ha dicho, se ha solicitado en la demanda el reconocimiento del interés moratorio.

"En el primer caso, que es el que interesa en este momento, algunas de las cuentas correspondientes a los ajustes rutinarios o normales y no por mora en el pago, se cancelaron por el Fondo Vial después de treinta días de presentadas las cuentas respectivas, sin que se hubiera reconocido la corrección monetaria entre el período en que han debido pagarse y la fecha en que efectivamente se produjo su pago.El valor resultante de ese concepto es el que reclama el actor cuando solicita la aplicación de la corrección monetaria en la demanda, situación independiente y diferente al de los ajustes acordados para el caso de mora en el pago, y uno de los motivos de la presente apelación a través de la cual se pretende que el H. Consejo de Estado decrete los reconocimientos que omitió el fallador de instancia, según la relación que antecede. No sobra advertir que estos valores producto de la indexación quedan involucrados dentro de la solicitud de pago el interés moratorio durante el término comprendido entre la fecha en que se produjo el pago del acta de ajuste y la fecha en que se efectúe el pago del rédito resultante de la aplicación de la corrección o depreciación monetaria, en los términos expuestos". (fls. 209 a 210 C. 1).

En la oportunidad procesal ambas partes alegaron de conclusión, ampliando estos conceptos.

V. La Dra. EDNE COHEN DAZA, Fiscal Segundo del Consejo de Estado pide confirmar la sentencia recurrida; sus reflexiones son, en lo pertinente, las siguientes:

"Dentro del plenario adelantado por el Tribunal administrativo de Santander quedó amplia y plenamente demostrado la existencia y cumplimiento del objeto y la liquidación del contrato No. 394 y los que lo adicionaron suscritos entre la sociedad Uricoechea Calderón y Cia, Ltda. y el Fondo Vial Nacional (fls. 127 a 167).

"De igual manera, el mismo demandado, a folio 101 del expediente, contestó el punto segundo del oficio No. 577 del Tribunal (fl. 96) que no se liquidaron ajustes por mora en el pago, negación que comprobó la omisión relacionada por el actor en el hecho 2o. del libelo.

"En cuanto a la evidencia procesal de que la sociedad actora haya cumplido con los requisitos establecidos en el aparte 5o. del parágrafo 3o. de la cláusula 11a. del contrato No. 394, (de elaborar oportunamente el acta mensual de obra y presentar la cuenta con el lleno de los requisitos legales, para poderla ajustar con los índices de costo correspondientes al mes de ejecución de los trabajos o el correspondiente al último mes de estar disponible el pago a favor del contratista, si en este último caso, el pago se efectuare después de treinta días), el demandado no alegó tal incumplimiento, simplemente afirmó que no se liquidaron tales ajustes, sin justificar o explocar (sic) el motivo.

"Tampoco las resoluciones que dieron firmeza al acta de liquidación de los contratos mencionaron como fundamento el incumplimiento de la firma contratista a las exigencias pactadas en el citado parágrafo. De otra parte, en los considerandos tercero y cuarto de la Resolución 7337, la sociedad demandante a través de su repre-

sentante legal, consignó las salvedades que consideró pertinentes y dejo una constancia sobre la liquidación de los contratos, que se entendió como un desacuerdo al contenido del acta No. 17.

"El documento que prueba que las cuentas presentadas por la Sociedad Contratista fueron pagadas después de los 30 días es la certificación No. 079 que obra a folios 102 y 103, donde aparecen la fecha de presentación de la cuenta y la fecha de pago. La prueba de que los ajustes por mora en tales pagos no se hicieron, es el oficio No. 17714 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, anexado al folio 101 cuaderno principal.

"Del conjunto de pruebas inmediatamente examinado se infiere lógicamente que la firma Uricoechea Calderón y Cia. Ltda. necesariamente tuvo que haber cumplido los requisitos estipulados en el contrato, pues la administración no le imputa incumplimiento a la Sociedad Actora.

"La Fiscalía concuerda con la sentencia apelada en todos los numerales de la parte resolutiva, no obstante, como el recurrente funda su inconformidad en que no se decretaron intereses moratorios, como lo pidió en la demanda, cabe anotar al respecto que la mora en el pago de las cuentas fué prevista dentro del parágrafo 3o. de ajustes de la cláusula 11a. del contrato principal, imponiendo al ente oficial contratante la obligación de pagar el reajuste correspondiente al mes al que se realice el pago, no al mes en el cual se realizó el trabajo, luego, no pueden ordenarse intereses moratorios sobre los reajustes pactados como mora porque sería pagar intereses moratorios sobre reajustes moratorios, lo cual constituiría anatocismo, prohibido por la ley.

"Así mismo, teniendo en cuenta que la finalidad de los intereses corrientes es compensar la pérdida de valor adquisitivo que sufre la moneda en un espacio de tiempo determinado, propósito que también tiene el pago de la corrección monetaria, no es equitativo que si ya se ordenó el pago de dichos intereses, disponer también que se condene al pago de la citada indexación". (fls. 266 a 268 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

A. La apelación de la parte demandada se apoya en estas dos razones:

1. La ineptitud de la demanda.

2. La falta de prueba sobre el cumplimiento de los requisitos contractuales para el reconocimiento de los requisitos en mora en el pago de las actas de obra ejecutada.

En relación con el primer punto, la Sala acoge el criterio que expuso el a-quo en la sentencia impugnada; no hay duda de que la acción ejercida por la sociedad actora es de aquellas que se encuentran previstas en el artículo 87 del C.C.A.; esta precisión

que se ha hecho en oportunidades anteriores y se puntualiza de nuevo ahora, se funda en una doble consideración:

De una parte, el acto unilateral por medio del cual la entidad pública contratante adopta la liquidación por ella elaborada y discutida por el contratista, no es de aquellos que se han denominado como "separables del contrato", hoy la doctrina y la jurisprudencia aceptan como actos separables del contrato únicamente los que se profieren con antelación a la celebración del contrato, cuyo control jurisdiccional se puede hacer por medio de las acciones de los artículos 84 y 85 del C.C.A., sin perjuicio de que el demandante pueda válidamente solicitar, al tiempo con la declaración de nulidad de los mismos, la nulidad del contrato, evento en el cual la acción revestirá carácter contractual.

En otros términos frente a los actos separables del contrato se pueden presentar tres hipótesis distintas: que se ejercite la acción de nulidad simple, cuando el propósito que mueve al actor para desencadenar el control jurisdiccional, sea el restablecimiento del orden jurídico que a su juicio, ha sido roto por el acto ilegal, caso en el cual no hay caducidad; que la acción ejercida sea la de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando la pretensión de nulidad que formula el demandante sea una simple condición indispensable para la obtención de su verdadero propósito que es el restablecimiento de un derecho subjetivo personal suyo; en este evento la acción caduca en 4 meses contados en la forma prescrita por el artículo 136 inciso 2° del C.C.A. y finalmente, que la declaración de nulidad del acto condicione idéntica declaración respecto del contrato, en cuyo caso la acción pertinente es la del artículo 87 del C.C.A., que tiene previsto un término de caducidad de dos años a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento. En las dos primeras hipótesis, las pretensiones están desvinculadas del contrato pero no en la última que busca también su desaparición.

Sin embargo, se ha dicho y se reitera, el de liquidación no es un acto separable del contrato como que su contenido se desprende de la aplicación y ejecución de las cláusulas contractuales, razón por la cual su cuestionamiento solo es posible a través de las acciones establecidas en el mencionado artículo 87 del C.C.A.; si bien, para el presente caso, en la presentación de las pretensiones, la demanda adopta un modelo muy cercano de las que corresponderían a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, su alta de técnica obliga al Juez a utilizar sus facultades de interpretación, para deducir la verdadera acción propuesta.

En las anotadas condiciones, tratándose de una acción contractual, es indudable que el término de caducidad aún no se había operado.

En el segundo aspecto de su inconformidad, el demandado reclama porque no encuentra procesalmente establecidos los requisitos contractuales que debía cumplir la demandante para adquirir el derecho al ajuste que le reconoce la sentencia; tales requisitos son, según él, los siguientes:

"a) Que el acta haya sido elaborada **oportunamente**", es decir, "dentro de los diez primeros días del mes siguiente al de ejecución de las obras".

"b) Que la cuenta que corresponde al acta mensual haya sido presentada con el **lleno de los requisitos legales**, lo cual implica entre otras cosas que se haya dado cumplimiento al parágrafo primero de la cláusula décima primera del contrato cuando establece que el valor del acta `debe corresponder en forma aproximada a la cuota establecida en el programa de trabajo e inversiones'".

"c) Que el pago se haya efectuado después de 30 días de la presentación de la cuenta ...".

En el proceso consta que, por razón del desacuerdo manifestado por el contratista, el Fondo Vial Nacional se vió precisado a adoptar la liquidación del contrato por medio de acto administrativo unilateral contenido en la resolución No. 7337 de 29 de agosto de 1984 (fls. 50 -52); dicho desacuerdo se manifestó por la actora el 20 de junio de 1984 en estos términos:

> "Con todo respeto le manifestamos, que firmamos el acta y dejamos a salvo los derechos que nuestra Empresa, insistentemente ha recabado del Fondo Vial Nacional, relacionados con el contrato No. 394/80 para la rehabilitación y repavimentación de la carretera Bucaramanga-El Playón; pues el acta de liquidación carece del valor de los ajustes Moratorios y Definitivos que se adeudan, valor cuyo pago no ha sido reconocido y reclama una vez más por parte del Fondo Vial Nacional". (fl. 222 C. 1).

En los considerandos de la Resolución N° 7337 del 29 de agosto de 1984 también se hizo alusión a la inconformidad del actor (ordinales tercero y cuarto - fl. 50); posteriormente, cuando se resolvió el recurso de reposición, la administración preciso:

objeto de "ejecutar ...las obras que sean necesarias para la construcción de obras (sic) de recuperación lineal de pavimento del sector Bucaramanga-Santa Marta ..." (fl. 132); el primero fue suscrito el 26 de agosto de 1980 y se codificó con el No. 294/80 (fls. 132 a 145); los otros tuvieron por objeto adicionar el contrato original en lo relativo al plazo para la ejecución de las obras, o al valor de las mismas o a ambos (fls. 146 - 147) y se identificaron con los siguientes códigos: Nos. 146 y 899 de 1981; 107 y 485 de 1982; 077 y 163 de 1983; lo cierto es que en ninguno de ellos aparece modificado el convenio inicial por cuya aplicación reclama la actora, contenido en el parágrafo tercero de la cláusula décima primera, cuyo texto se copia a continuación:

> "AJUSTES.- El valor del acta por la obra ejecutada cada mes, se ajustará para cada grupo de obra con la siguiente fórmula Pi = Po I/1o. -----

"En la cual los componentes de la fórmula tienen los siguientes significados:

"Pi = Valor ajustado del Acta para cada Grupo de Obra. ----

"Po = Valor básico del acta para cada Grupo de Obra, calculado según las cantidades de obra ejecutada a los precios unitarios consignados en la `Lista de cantidades de Obra, precios unitarios y valor total de la propuesta'.--------

"I = Valor del `Indice de costos de construcción de carreteras', para el correspondiente Grupo de Obra.----------

"El valor del índice será calculado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte según lo establecido en las Proposiciones Nos. 6757 y 6758 del 18 de agosto de 1965 de la Junta de Licitaciones, Contratos y Precios Unitarios y Resolución No. 10001 noviembre /76. Para grupos de obra identificados como GRUPO PRIMERO (explanación, sub-base y base granulares, suelos estabilizados sin incluir cemento o asfaltos rellenos de toda clase, transporte de materiales y demás obras no incluidas en otros grupos); GRUPO SEGUNDO (Excavación para obras de arte, desagües y zanjas de construcción a mano, cercas de alambre de púas, mamposterías de concreto simple, ciclópeo, reforzado corriente y tensionamiento, hierro para refuerza, acero de alta resistencia, apoyos de neopreno, alcantarillas y filtros de toda clase); GRUPO IIA (Concreto reforzado en cualquiera de sus modalidades para puentes de luces iguales o mayores de quince (15) metros y obras que a juicio de la Dirección General de Construcción de Carreteras deban ejecutarse con este grupo (Resolución No. 10.001 de noviembre 26-76) GRUPO TERCERO (Pavimentos con asfalto líquido y asfalto para estabilizaciones); GRUPO CUARTO (Pavimentaciones con asfalto sólido); GRUPO QUINTO (Pavimentación con cemento Portland y cemento para estabilizaciones), se utilizarán los índices de los GRUPOS I, II, IIA, III, IV, V respectivamente.------

"Io = Valor de `I' para cada grupo de obra, correspondiente al mes de marzo-----

"Los coeficientes son los siguientes: Io1 = 1.405.3; Io2 = 1.398.8; Io3 = 2.301.1; Io4 = 1.475.6.------

"Elaborada oportunamente el acta mensual de obra y presentada la cuenta con el lleno de los requisitos legales, ésta se ajustará con los índices de costo correspondientes al mes de ejecución de los trabajos. Si el pago se efectuare después de treinta (30) días de la presentación de la cuenta, el índice de ajuste de costos aplicable será el correspondiente al último mes antes de estar disponible el pago a favor del CONTRATISTA.--------

"Los reajustes se consignarán en actas que suscribirán el CONTRATISTA y el Interventor y el FONDO VIAL NACIONAL se compromete a incluir las partidas necesarias para el proyecto anual de gastos. ---

"Si por alguna razón los índices de las fórmulas de ajustes no se obtienen opor-

tunamente, los ajustes se podrán hacer con `Indices provisionales', los que mensualmente serán suministrados por la División de Contratación de la Dirección General de Construcción de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.---

"Cuando se obtengan los `Indices definitivos', se harán los ajustes correspondientes. El CONTRATISTA no podrá hacer reclamaciones por los resultados de los ajustes al aplicar los índices definitivos.---------

"Cuando el contrato entre en liquidación el CONTRATISTA puede aceptar la liquidación de los ajustes con los índices provisionales, renunciando a cualquier reclamación posterior por este concepto.-------

"PARAGRAFO 4o. PAGOS AL CONTRATISTA. Las sumas que el CONTRATISTA reciba incluyen; el valor de las cantidades de obra aceptadas por el Interventor, calculadas con base en los precios unitarios que se estipulan en el contrato y en su desarrollo; los avances sobre materias primas; las obras realizadas a consecuencia de fuerza mayor a que se refiere la Cláusula Décima Sexta (16) y los ajustes correspondientes.------

"Del valor de cada acta se descontarán: Las cuotas correspondientes a la amortización del anticipo, las primas de garantía del contrato, cuando el CONTRATISTA demore el pago de éstas; las multas a que hubiere lugar; los avances sobre materias primas y cualquier otro descuento pactado durante el desarrollo del contrato".---------- (fls. 139, 139 vto. a 140 C. 1).

La demandante reclama por la aplicación de la parte que aparece subrayada por la Sala; la legalidad de su contenido ha sido objeto de discusión y de ella dan cuenta los argumentos que esgrimen las partes en este proceso; de allí la conveniencia de recordar el fallo proferido por la Sala el 15 de agosto de 1985, bajo la conducción del Señor Consejero Dr. Julio César Uribe Acosta, en el proceso que inició el Fondo Vial Nacional pretendiendo la nulidad de la cláusula sexta, letra e, de un contrato suscrito por el entonces actor y hoy demandado, y cuyo texto tiene absoluta identidad con el que sirve de fundamento a esta controversia; con suma claridad expresó:

"Para la Sala la pretensión no está llamada a prosperar por las siguientes razones:

a) El artículo reglamentado, esto es, el 74 del Decreto 150 de 1976, autoriza que se pacte la revisión periódica de los precios de los contratos celebrados a precio alzado o por precios unitarios, en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos. Textualmente dice la norma citada:

"`Artículo 74.- De la revisión de precios.- En los contratos celebrados a precio alzado o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.

"Donde ello fuere posible, los ajustes se efectuarán mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato.

"En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior el ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática.

Los reajustes se consignarán en actas que suscribirán las partes'.

"Como se puede apreciar, la voluntad del legislador no es otra que la de permitir, por razones de justicia, que se mantenga en todo momento el equilibrio obligacional, para que el acto jurídico que nació conmutativo no deje de serlo en ningún momento. La filosofía jurídica que la norma autoriza poner en marcha no es propiamente la de la imprevisión, pues en la situación en comento las partes pactan las revisiones periódicas, dando así origen a una cláusula expresamente querida y consentida por ellas, que las vincula en derecho. Por ello enseña George Ripert que `Contratar es prever. El contrato no es un compromiso para el porvenir. Todo contrato tiene una idea de aseguro' (La Regla Moral en las Obligaciones Civiles. La Gran Colombia. Bogotá. 1946, pág. 126);

b) El Decreto 808 de 11 de abril de 1979, al reglamentar la normatividad anterior, en la parte impugnada dispuso:

"Si el pago se efectuare después de treinta (30) días de la presentación de la cuenta de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, el índice de ajuste de costos aplicable será el correspondiente al último mes antes de estar disponible el pago a favor del contratista'.

"Para la Sala no hay duda alguna en el sentido de que esta reglamentación busca la misma finalidad de justicia que la norma reglamentada, pues tanto el daño se le puede causar al contratista con un desfase notorio en los precios, respecto de los que existían en el momento en que nació el acto jurídico, como con una demora sustancial en los pagos. Ningún beneficio reporta la parte en cuyo favor se elabora la cuenta de cobro si ella no es pagada oportunamente. Aceptar la tesis sería predicar que no es lícito desequilibrar el contrato conmutativo en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos, pero si mediante una conducta morosa para hacer el pago. Esta tesis, por conducir a la filosofía de lo absurdo, tiene que ser rechazada.

"c) Dentro del marco de valoración jurídica anterior, la Sala encuentra que la norma impugnada no excedió la potestad reglamentaria que tiene el Presidente de la República en virtud de lo dispuesto en el artículo 120, numeral tercero de la Constitución Nacional. Reiteradamente ha dicho esta Corporación que es evidente `... que en la tarea reglamentaria el gobierno debe desarrollar no sólo lo que hay expreso en la Ley sino lo que hay implícito en ella, lo que está en la entraña misma de la norma

tunamente, los ajustes se podrán hacer con `Indices provisionales', los que mensualmente serán suministrados por la División de Contratación de la Dirección General de Construcción de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.---

"Cuando se obtengan los `Indices definitivos', se harán los ajustes correspondientes. El CONTRATISTA no podrá hacer reclamaciones por los resultados de los ajustes al aplicar los índices definitivos.---------

"Cuando el contrato entre en liquidación el CONTRATISTA puede aceptar la liquidación de los ajustes con los índices provisionales, renunciando a cualquier reclamación posterior por este concepto.-------

"PARAGRAFO 4o. PAGOS AL CONTRATISTA. Las sumas que el CONTRATISTA reciba incluyen; el valor de las cantidades de obra aceptadas por el Interventor, calculadas con base en los precios unitarios que se estipulan en el contrato y en su desarrollo; los avances sobre materias primas; las obras realizadas a consecuencia de fuerza mayor a que se refiere la Cláusula Décima Sexta (16) y los ajustes correspondientes.------

"Del valor de cada acta se descontarán: Las cuotas correspondientes a la amortización del anticipo, las primas de garantía del contrato, cuando el CONTRATISTA demore el pago de éstas; las multas a que hubiere lugar; los avances sobre materias primas y cualquier otro descuento pactado durante el desarrollo del contrato".---------- (fls. 139, 139 vto. a 140 C. 1).

La demandante reclama por la aplicación de la parte que aparece subrayada por la Sala; la legalidad de su contenido ha sido objeto de discusión y de ella dan cuenta los argumentos que esgrimen las partes en este proceso; de allí la conveniencia de recordar el fallo proferido por la Sala el 15 de agosto de 1985, bajo la conducción del Señor Consejero Dr. Julio César Uribe Acosta, en el proceso que inició el Fondo Vial Nacional pretendiendo la nulidad de la cláusula sexta, letra e, de un contrato suscrito por el entonces actor y hoy demandado, y cuyo texto tiene absoluta identidad con el que sirve de fundamento a esta controversia; con suma claridad expresó:

"Para la Sala la pretensión no está llamada a prosperar por las siguientes razones:

a) El artículo reglamentado, esto es, el 74 del Decreto 150 de 1976, autoriza que se pacte la revisión periódica de los precios de los contratos celebrados a precio alzado o por precios unitarios, en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos. Textualmente dice la norma citada:

"`Artículo 74.- De la revisión de precios.- En los contratos celebrados a precio alzado o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.

"Donde ello fuere posible, los ajustes se efectuarán mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato.

"En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior el ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática.

Los reajustes se consignarán en actas que suscribirán las partes'.

"Como se puede apreciar, la voluntad del legislador no es otra que la de permitir, por razones de justicia, que se mantenga en todo momento el equilibrio obligacional, para que el acto jurídico que nació conmutativo no deje de serlo en ningún momento. La filosofía jurídica que la norma autoriza poner en marcha no es propiamente la de la imprevisión, pues en la situación en comento las partes pactan las revisiones periódicas, dando así origen a una cláusula expresamente querida y consentida por ellas, que las vincula en derecho. Por ello enseña George Ripert que `Contratar es prever. El contrato no es un compromiso para el porvenir. Todo contrato tiene una idea de aseguro' (La Regla Moral en las Obligaciones Civiles. La Gran Colombia. Bogotá. 1946, pág. 126);

b) El Decreto 808 de 11 de abril de 1979, al reglamentar la normatividad anterior, en la parte impugnada dispuso:

"Si el pago se efectuare después de treinta (30) días de la presentación de la cuenta de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, el índice de ajuste de costos aplicable será el correspondiente al último mes antes de estar disponible el pago a favor del contratista'.

"Para la Sala no hay duda alguna en el sentido de que esta reglamentación busca la misma finalidad de justicia que la norma reglamentada, pues tanto el daño se le puede causar al contratista con un desfase notorio en los precios, respecto de los que existían en el momento en que nació el acto jurídico, como con una demora sustancial en los pagos. Ningún beneficio reporta la parte en cuyo favor se elabora la cuenta de cobro si ella no es pagada oportunamente. Aceptar la tesis sería predicar que no es lícito desequilibrar el contrato conmutativo en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos, pero si mediante una conducta morosa para hacer el pago. Esta tesis, por conducir a la filosofía de lo absurdo, tiene que ser rechazada.

"c) Dentro del marco de valoración jurídica anterior, la Sala encuentra que la norma impugnada no excedió la potestad reglamentaria que tiene el Presidente de la República en virtud de lo dispuesto en el artículo 120, numeral tercero de la Constitución Nacional. Reiteradamente ha dicho esta Corporación que es evidente `... que en la tarea reglamentaria el gobierno debe desarrollar no sólo lo que hay expreso en la Ley sino lo que hay implícito en ella, lo que está en la entraña misma de la norma

reglamentada, aunque las palabras no lo expresen, en forma tal que el reglamento no debe atenerse únicamente a la expresión literal de la norma porque si así fuera su función se limitaría a una mera reproducción de ella; es necesario entonces que el poder reglamentario desentrañe el contenido implícito, la finalidad específica de la ley sustantiva, con lo cual podrá moverse con mayor desenvoltura y agilidad, teniendo en cuenta desde luego siempre el principio de no rebasar ni la letra, ni la intención, ni la materia intrínseca y si se quiere finalista del precepto sustantivo. Porque nadie duda de una copia servil, literal de la ley que se reglamenta, sería la negación misma de la facultad reglamentaria, y su utilidad sería también totalmente negativa' Consejo de Estado. Sentencia 26 de abril de 1970. Consejero Ponente Dr; Hernando Gómez Mejía).

"En la orientación jurisprudencial anterior se observa una sana tendencia para la interpretación de la normatividad, pues el sentenciador al examinar si el ejecutivo excedió o no la potestad reglamentaria, debe partir de la base de que el derecho no es simplemente un conjunto de normas abstractas, impersonales y frías, sino actividad normativa teológicamente consciente de sinergia social integral que, por lo mismo, busca la realización de valores como la justicia, el orden, la paz, la solidaridad, etc. Esto explica que si la nórma reglamentada busca una finalidad de justicia o de orden, el reglamento no puede manejar valores distintos. En el caso en comento existe una perfecta armonía en la orientación finalista de la hipótesis normativa reglamentada, con lo que se preceptúa en el reglamento, y, por lo mismo, no puede declararse la nulidad impetrada".

"d) La Sala no hace suyo el enfoque de ilegalidad que la Sala de Consulta y Servicio Civil consignó al absolver la consulta que le hizo el Señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, el cual se recoge en providencia de ocho (8) de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982) visible a folios 104 y siguientes del Cuaderno No. 1, por las razones que ha dejado consignadas en los literales anteriores, pero considera conveniente precisar que ello se explica también porque la función judicial incluye valoraciones, ya que el problema de hallar cual sea la norma positiva justamente aplicable al problema concreto, no es un problema de conocimiento de realidades, es decir, que el sentenciador no se mueve en el mundo del ser que enuncia principios científicos, sino en el del deber ser, lo que explica que la sentencia sea también un juicio axiológico. Luis Recasens Siches sobre el particular enseña: "Las reglas legisladas, ni siquiera cuando éstas aparecen con el máximo grado de calidad y de predicción posibles, nunca expresan la auténtica totalidad del derecho con respecto a las conductas que ellas regulan. Es así, por lo que tantas veces se ha dicho, sobre lo cual yo he insistido reiteradamente de modo muy enfático, que las reglas legisladas emplean el único lenguaje que pueden usar; un lenguaje GENERICO y ABSTRACTO. Por el contrario, la realidad de la vida humana, y por lo tanto, de la existencia social, es siempre CONCRETA y PARTICULAR. Por eso, lo que una ley apunta nunca adquiere plenitud de sentido antes de haber sido relacionado con los hechos efectivos. O, diciendo, lo mismo con otras palabras: **Derecho perfecto, en el sentido de concluso o terminado, lo es sólo el de las normas individualizadas de la sentencia judicial o de la resolución administrativa.** (Subrayado de la Sala)".

"A esto hay que añadir el punto ya muchas veces mencionado de que las reglas formuladas del Derecho presentan muy a menudo no sólo lagunas o vacíos, sino también contradicciones. Con mucha frecuencia acontece que el órgano jurisdiccional se halla ante dos o más reglas legales de igual rango legal, cada una de las cuales a primera vista podría parecer la pertinente para resolver el caso planteado. Al órgano jurisdiccional le compete elegir entre esas dos o varias reglas aquella que considere la adecuada para resolver el caso que tiene ante sí. Pues bien, como es sabido, la lógica formal no puede proporcionar en absoluto ninguna ayuda al Juez para llevar a cabo esta elección. Tal elección puede fundarse sólo sobre un juicio de valor' (Nueva Filosofía de la Interpretación del derecho. Editorial Porrua S.A. México, 1973, págs. 280 y 281)".

Finalmente y aún en el supuesto de que se hubiese excedido la potestad reglamentaria, la cláusula contractual sería válida pues para pactarla no se necesitaba autorización legal sino normatividad que no la prohibiera".

En claro lo anterior, el demandado recurre porque, según él, no están probados los requisitos contractuales para el pago de los ajustes por mora, a saber: elaboración oportuna del acta, presentación de la cuenta con el lleno de los requisitos legales y el pago de la misma después de transcurridos 30 días a partir de su presentación.

La Directora Comercial y Financiera del Ministerio de Obras públicas y Transporte señala "no se liquidaron ajustes por mora en el pago"; (fl. 101) afirmación que reitera los motivos que invocaron los actos acusados según las transcripciones que antes se hicieron; la mora en el pago existió en varias de las cuentas como se puede observar en la certificación expedida por la División de Presupuesto y contabilidad del mismo Ministerio (fls. 102 y 103); en la misma certificación aparecen, en columnas separadas, la fecha de la aprobación del acta, la de la presentación de la cuenta y la del pago, sin que se haya cuestionado de inoportunidad o de no admisibilidad por falta de requisitos, las dos primeras; todo ello muestra la falta de razón de la censura que hace la entidad pública en contra del fallo de primera instancia.

B. De su lado la actora dirige su recurso en contra del ordinal 4° de la sentencia en cuanto decretó intereses y no moratorios, y en cuanto negó la corrección monetaria pedida en la demanda.

La Sala concede razón a la apelante en el segundo de los términos de su recurso y la niega en el primero; en efecto, la actualización, que fue solicitada en la demanda, no constituye suma adicional de la indemnización solicitada; es la misma cantidad, calculada por las fórmulas previstas en el contrato, traslada a la fecha de la sentencia o de la liquidación; en cambio no hay lugar a reconocer intereses de mora por cuanto, como lo sostiene la Señora Fiscal, la suma deducida corresponde precisamente a una sanción por mora en el pago de las cuentas, de modo que los intereses pedidos equivalen a doble sanción por el mismo hecho, circunstancia no comprendida ni en la letra ni en el espíritu del contrato.

Por lo tanto, en este sentido, se reformará la sentencia apelada.

C. La Sala atendiendo a los más altos intereses de la justicia, ha intentado decretar en cuanto sea posible, las condenas en concreto; sin embargo en ocasiones tropieza con obstáculos que le impiden hacerlo; ésta es una de ellas; en efecto, los reajustes solicitados se deben hacer, según se pactó en el contrato, con fundamento en "el índice de ajustes de costos de construcción de carreteras"; tales índices, para los años de 1980-1983 figuran a folios 122 a 125 del expediente; pese a ello, resultan, por el momento, inaplicables, pues comprenden varios grupos, así:

"GRUPO PRIMERO. Comprende obras de explanación, sub-base y bases granulares, suelos estabilizados (sin incluír cemento o asfalto), rellenos de toda clase, transporte de materiales y demás obras no incluídas en otros grupos".

"GRUPO SEGUNDO. Comprende obras de excavación para obras de arte,desagües y zanjas de construcción a mano, cerca del alambre de púas, mamposterías de concreto simple, ciclópeo reforzado corriente y tensionamiento, hierro para refuerzo, acero de alta resistencia, apoyos de neopreno, alcantarillas y filtros de toda clase".

"GRUPO SEGUNDO A. Comprende concreto reforzado para cualesquiera de sus modalidades para puentes de luces iguales o mayores de quince (15) metros y obras que a juicio de la Dirección de Carreteras deban ejecutarse con este grupo (Resolución N° 10001 de noviembre 26-76).

"GRUPO TERCERO. Comprende pavimentaciones con asfalto líquido y asfalto para estabilizaciones".

"GRUPO CUARTO. Comprende pavimentaciones con asfalto sólido".

"GRUPO QUINTO. Comprende pavimentaciones con cemento portland y cemento para estabilizaciones" (fl. 125 C. 1).

La discriminación de cada uno de estos grupos en las actas que se deben reajustar requiere, a juicio de la Sala, la participación de las partes; por ello se confirmará la condena in genere que hizo el a-quo para cuya liquidación se tendrán en cuenta las bases siguientes:

a.- Se tomarán en consideración las cuentas que a continuación se relacionan:

Compromiso #	Valor Pagado	Fecha Aprob. Acta	Fecha Presen. Acta	Fecha de Pago
1593	5.989.287.80	14-XI-80	18-XI-80	22-I-81
1862	256.842.23	5-XII-80	9-XII-80	28-I-81
1863	12.209.042.48	5-XII-80	9-XII-80	28-I-81
0049	12.094.586.90	22-XII-80	26-I-81	9-III-81
0101	110.160.38	22-XII-80	26-I-81	22-IV-81
0102	336.326.08	5-I-81	27-I-81	22-IV-81
0103	575.713.24	6-II-81	24-II-81	22-IV-81
0104	11.634.212.51	6-II-81	24-II-81	22-IV-81
0105	38.041.40	9-III-81	12-III-81	22-IV-81
0141	14.565.963.43	9-III-81	12-III-81	22-IV-81
0343	4.709.558.29	8-VII-81	10-VII-81	27-VIII-81
1815	27.283.411.71	12-VIII-81	17-VIII-81	15-X-81
2061	247.365.22	10-X-81	16-X-81	19-XI-81
2062	14.982.828.68	5-X-81	16-X-81	19-XI-81
2297	15.156.342.74	10-XI-81	12-XI-81	16-XII-81
2333	10.963.689.05	10-XI-81	13-XI-81	16-XII-81
2899	733.098.96	10-XII-81	15-XII-8	15-II-82
2902	4.853.780.38	10-XII-81	15-XII-81	19-II-82
0171	71.828.93	18-I-81	21-I-81	22-III-82
0172	20.674.390.69	21-I-82	22-II-82	22-III-82
0677	4.981.042.00	21-I-82	3-III-82	7-V-82
0673	1.573.660.31	21-I-82	3-III-82	3-VI-82
0389	1.994.029.63	8-II-82	8-II-82	15-VI-82
1527	17.252.952.50	19-II-82	27-IV-82	8-VI-82
1528	261.645.92	16-III-82	27-IV-82	9-VI-82
0529	16.104.080.89	16-III-82	27-IV-82	11-VI-82
1580	337.620.51	16-III-82	27-IV-82	9-VI-82
1581	10.094.968.24	6-IV-82	27-IV-82	9-VI-82
3199	21.141.569.78	21-V-82	24-VIII-82	20-X-82
3200	226.710.35	11-VI-82	24-VIII-82	27-X-82

Por lo tanto, en este sentido, se reformará la sentencia apelada.

C. La Sala atendiendo a los más altos intereses de la justicia, ha intentado decretar en cuanto sea posible, las condenas en concreto; sin embargo en ocasiones tropieza con obstáculos que le impiden hacerlo; ésta es una de ellas; en efecto, los reajustes solicitados se deben hacer, según se pactó en el contrato, con fundamento en "el índice de ajustes de costos de construcción de carreteras"; tales índices, para los años de 1980-1983 figuran a folios 122 a 125 del expediente; pese a ello, resultan, por el momento, inaplicables, pues comprenden varios grupos, así:

"GRUPO PRIMERO. Comprende obras de explanación, sub-base y bases granulares, suelos estabilizados (sin incluír cemento o asfalto), rellenos de toda clase, transporte de materiales y demás obras no incluídas en otros grupos".

"GRUPO SEGUNDO. Comprende obras de excavación para obras de arte,desagües y zanjas de construcción a mano, cerca del alambre de púas, mamposterías de concreto simple, ciclópeo reforzado corriente y tensionamiento, hierro para refuerzo, acero de alta resistencia, apoyos de neopreno, alcantarillas y filtros de toda clase".

"GRUPO SEGUNDO A. Comprende concreto reforzado para cualesquiera de sus modalidades para puentes de luces iguales o mayores de quince (15) metros y obras que a juicio de la Dirección de Carreteras deban ejecutarse con este grupo (Resolución N° 10001 de noviembre 26-76).

"GRUPO TERCERO. Comprende pavimentaciones con asfalto líquido y asfalto para estabilizaciones".

"GRUPO CUARTO. Comprende pavimentaciones con asfalto sólido".

"GRUPO QUINTO. Comprende pavimentaciones con cemento portland y cemento para estabilizaciones" (fl. 125 C. 1).

La discriminación de cada uno de estos grupos en las actas que se deben reajustar requiere, a juicio de la Sala, la participación de las partes; por ello se confirmará la condena in genere que hizo el a-quo para cuya liquidación se tendrán en cuenta las bases siguientes:

a.- Se tomarán en consideración las cuentas que a continuación se relacionan:

Compromiso #	Valor Pagado	Fecha Aprob. Acta	Fecha Presen. Acta	Fecha de Pago
1593	5.989.287.80	14-XI-80	18-XI-80	22-I-81
1862	256.842.23	5-XII-80	9-XII-80	28-I-81
1863	12.209.042.48	5-XII-80	9-XII-80	28-I-81
0049	12.094.586.90	22-XII-80	26-I-81	9-III-81
0101	110.160.38	22-XII-80	26-I-81	22-IV-81
0102	336.326.08	5-I-81	27-I-81	22-IV-81
0103	575.713.24	6-II-81	24-II-81	22-IV-81
0104	11.634.212.51	6-II-81	24-II-81	22-IV-81
0105	38.041.40	9-III-81	12-III-81	22-IV-81
0141	14.565.963.43	9-III-81	12-III-81	22-IV-81
0343	4.709.558.29	8-VII-81	10-VII-81	27-VIII-81
1815	27.283.411.71	12-VIII-81	17-VIII-81	15-X-81
2061	247.365.22	10-X-81	16-X-81	19-XI-81
2062	14.982.828.68	5-X-81	16-X-81	19-XI-81
2297	15.156.342.74	10-XI-81	12-XI-81	16-XII-81
2333	10.963.689.05	10-XI-81	13-XI-81	16-XII-81
2899	733.098.96	10-XII-81	15-XII-8	15-II-82
2902	4.853.780.38	10-XII-81	15-XII-81	19-II-82
0171	71.828.93	18-I-81	21-I-81	22-III-82
0172	20.674.390.69	21-I-82	22-II-82	22-III-82
0677	4.981.042.00	21-I-82	3-III-82	7-V-82
0673	1.573.660.31	21-I-82	3-III-82	3-VI-82
0389	1.994.029.63	8-II-82	8-II-82	15-VI-82
1527	17.252.952.50	19-II-82	27-IV-82	8-VI-82
1528	261.645.92	16-III-82	27-IV-82	9-VI-82
0529	16.104.080.89	16-III-82	27-IV-82	11-VI-82
1580	337.620.51	16-III-82	27-IV-82	9-VI-82
1581	10.094.968.24	6-IV-82	27-IV-82	9-VI-82
3199	21.141.569.78	21-V-82	24-VIII-82	20-X-82
3200	226.710.35	11-VI-82	24-VIII-82	27-X-82

3201	12.747.490.81	11-VI-82	24-VIII-82	9-X-82
3202	111.262.87	24-VIII-82	27-X-82	
3203	11.535.417.46	19-VII-82	24-VIII-82	6-XII-82
3204	6.133.686.25	19-VII-82	24-VIII-82	23-XII-82
3232	172.775.71	16-VIII-82	25-IX-82	23-XII-82
3233	10.917.162.27	23-VIII-82	25-IX-82	22-XII-82
3674	119.952.75	22-IX-82	27-IX-82	23-XII-82
3675	34.775.720.18	22-IX-82	27-IX-82	27-XII-82
3859	555.501.88	14-X-82	18-X-82	23-XII-82
3860	14.845.539.87	15-X-82	18-X-82	29-XII-82
4354	2.368.209.80	18-XI-82	23-XI-82	29-XII-82
4355	144.670.64	18-XI-82	23-XI-82	29-XII-82
4893	318.576.05	15-XII-82	23-XII-82	9-III-83
4894	506.599.18	15-XII-82	23-XII-82	9-III-83
0141	8.517.50	21-I-83	27-I-83	9-III-83
0370	4.484.883.32	21-I-83	22-I-83	25-III-83
0371	3.117.337.87	21-I-83	22-II-83	25-III-83
0708	29.108.73	9-III-83	23-III-83	7-VI-83
0856	1.821.498.76	4-IV-83	13-VI-83	7-VI-83
0938	141.383.73	18-IV-83	20-IV-83	7-VI-83
1582	11.195.662.88	20-VI-83	23-VI-83	29-VIII-83

b.- A dichas sumas se les aplicará la fórmula prevista por la cláusula décima primera del contrato, teniendo en cuenta cada uno de los grupos que comprende el índice de ajustes de costos de construcción de carreteras.

c.- Se debe tener en cuenta que la mora se empieza a contar luego de que hayan transcurrido 30 días calendario desde la fecha de presentación de la cuenta.

d.- A la cifra que se obtenga se le aplicará la fórmula de actualización:

$$Ra = R \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$, en la cual

Ra es la suma actualizada que se busca

R es el monto del reajuste liquidado conforme al contrato.

índice final es el índice de precios al por mayor certificado por el DANE para la fecha de liquidación.

índice inicial es el correspondiente a la fecha de reajuste.

e.- La suma resultante devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del auto de liquidación y moratorios a partir de esa fecha.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

MODIFICASE el fallo apelado el cual quedará así:

PRIMERO: DECLARANSE infundadas las excepciones propuestas por parte de la demanda.

SEGUNDO: DECLARASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 7337 y 9487 expedidas por el FONDO VIAL NACIONAL el 29 de agosto y el 18 de noviembre de 1984.

TERCERO: CONDENASE en abstracto al FONDO VIAL NACIONAL a pagarle a la firma URICOECHEA CALDERON & CIA. LTDA., los reajustes por no pago oportuno correspondiente al contrato No. 394 de 1980 y a los adicionales al mismo.

La liquidación se hará por incidente que se debe indicar dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto que disponga obedecer esta sentencia y se tramitará en la forma prevista por el artículo 137 del C. de P.C., de acuerdo con las bases que se establecieron en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

RESPONSABILIDAD OBJETIVA/DAÑO ANTIJURIDICO/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

Habiéndose probado que el inmueble en que se presentó el incendio estaba arrendado a la Contraloría de Nariño, se impone concluir que el centro de imputación jurídica demandado es responsable de los perjuicios causados con el incendio en la casa vecina, con apoyo en el artículo 90 de la Constitución. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular. La culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. El perjuicio que da origen a la responsabilidad es el antijurídico, y esta nota hay que buscarla en el hecho en si mismo, no en la conducta que lo causa. Por ello no existe antijuricidad cuando el particular está obligado a soportar el perjuicio. En el sub examine el demandado no demostró que el incendio se hubiera causado por fuerza mayor, por el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiseis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Ref.: Expediente Nro. 7130 - APELACION Actor: LIDYA ROSAS DE NOGUERA Demandado: DEPARTAMENTO DE NARIÑO

- I - Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto

por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día ocho (8) de Octubre de mil novecientos noventa y uno (.1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en virtud de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"La señora LAURA LIDYA ROSAS DE NOGUERA, por intermedio de legal apoderado, solicita que el Tribunal mediante sentencia, haga las siguientes o semejantes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.- "Que el DEPARTAMENTO DE NARIÑO (Contraloría General del Departamento), es administrativamente responsable de los daños del inmueble urbano consistente en una casa de habitación, ubicada en la Cra. 26 No. 20-75, como consecuencia del incendio ocurrido el día 30 de septiembre de 1988 e iniciado en el inmueble ubicado enseguida, distinguido con el No. 20-77 de la ciudad de Pasto, ocupado por la Contraloría Departamental".

"SEGUNDA.- "Que como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Departamento de Nariño a pagar a la demandante todos los perjuicios materiales y morales causados. Los perjuicios se dividirán en daño emergente y lucro cesante y se actualizarán por el valor que tenga la moneda colombiana a la fecha de la sentencia".

HECHOS:

"PRIMERO.- "La demandante señora LIDYA LAURA ROSAS DE NOGUERA, es propietaria del inmueble consistente en dos casas de habitación de dos pisos y el solar en que se encuentran edificadas que forman un solo globo, ubicado en la ciudad de Pasto, en la carrera 26 No. 20-75 y 20-77 comprendido dentro de los siguientes linderos generales: "Por el frente con la carrera 26 al medio; por el costado derecho con propiedad del señor Dulce, muro de ladrillo al medio; por el respaldo con propiedad de la Policía Nacional y Enrique Hidalgo, muro al medio y por el costado izquierdo, con propiedad de Luis Gómez Jurado, muro al medio", adquirida por escritura pública No. 1696 de diciembre 22 de 1970, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos."

"SEGUNDO.- "La casa distinguida con el número 20-75 era ocupada por su propietaria y la distinguida con el número 20-77, la ocupaba la Contraloría General del Departamento de Nariño, con oficinas y el archivo de esa ciudad.

"La Contraloría General, es una dependencia oficial del Departamento de Nariño

y no tiene personería jurídica, razón por la cual los actos de la Contraloría, son actos del Departamento de Nariño."

"TERCERO.- "El día 30 de septiembre de 1988, aproximadamente a las seis y media de la noche, se presentó un incendio en el inmueble ocupado por la Contraloría General del Departamento, que lo destruyó totalmente y parcialmente la casa de habitación de la demandante."

"CUARTO.- "Las autoridades de Policía, al mando del Subteniente Oscar Fernando Contreras Romero, Jefe de Vigilancia del Departamento de Policía, se hizo presente en el lugar de los hechos, en compañía del Sargento José Vicente Guerrero Martínez y encontró tratando de sofocar el fuego, al señor HECTOR JOSE DE LA CRUZ PUCHANA, Jefe de la Sección de Archivo e Información de la Contraloría Departamental de Nariño, GERARDO AREVALO BENAVIDEZ, y a BLANCO CETULIO BENAVIDES ARCOS, en estado de embriaguez, según el informe por ellos rendidos, con fecha septiembre 30 de 1988." ...se retuvo a las tres personas anteriormente citadas por cuanto se les notó encontrarse en estado de embriaguez y que habían permanecido libando desde horas antes del incendio en el segundo piso", dice textualmente el informe".

"QUINTO.- "La Policía, por sospechar que en el incendio intervinieron manos criminales, puso a disposición del Juzgado de Orden Público, las personas encontradas en el inmueble, pero fueron exonerados por no haberse demostrado dentro del sumario participación criminal alguna. Es decir, que se ignora, si fueron manos criminales y quienes si fue imprudencia de quienes departían en las instalaciones del inmueble después de las horas de trabajo o por un corto circuito".

"SEXTO.- La casa de la carrera 26 No. 20-77, ocupada por la Contraloría General del Departamento de Nariño fue destruida totalmente y la ocupada con su vivienda por la Sra. Rosas sufrió deterioros que requieren su reparación en un 8%, aproximadamente".

"SEPTIMO".- "El inmueble ocupado por la Contraloría General del Departamento de Nariño se destruyó totalmente y la casa ocupada por la propietaria quedó inhabitable, semidestruida, razón por la cual tuvo que desocuparla inmediatamente después del incendio, alquilando un apartamento ubicado el la Cra. 32 Nº 14-38, del Edificio La Aurora, distinguido con el número 301, con un canon mensual de CUARENTA MIL PESOS (40.000.oo) y una cuota de sostenimiento de SEIS MIL PESOS (6.000.oo), mensuales la que posteriormente se aumentó."

"OCTAVO.- "Mi cliente, la señora LIDIA ROSAS DE NOGUERA, instauró demanda contra el Departamento de Nariño, para la indemnización de los perjuicios, pero el H. Tribunal, mediante fallo de fecha abril 6 de 1989, se declaró inhibido para decidir en el fondo por haberse involucrado en una misma de-

manda responsabilidad contractual y extracontractual y declaró probada la excepción de "Ineptitud de la demanda".

"NOVENO.- La señora LIDIA ROSAS DE NOGUERA me ha otorgado poder para presentar esta demanda."

"En capítulo especial de la demanda se citan las normas que se consideran violadas y se da respecto de ellas el concepto de la violación.

"Trabada la relación jurídico procesal una vez se notificó al Señor Agente del Ministerio Público y al Señor Gobernador del Departamento de Nariño, se observa que la Entidad demandada dio contestación a la demanda oportunamente.

"Por auto de 31 de octubre de 1990, se abre el negocio a pruebas por el término de sesenta (60) días las que fueron allegadas al proceso.

"Mediante auto de 24 de junio del año en curso, se ordeno correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, lo que no se hizo por ninguna de las partes.

CONCEPTO FISCAL.

"El Señor Fiscal Primero de la Corporación al descorrer el traslado de todo el trámite procesal y tras exponer sus argumentos, solicita del Tribunal despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

"Revisado el proceso no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, en consecuencia se procede a resolver previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S:

"En el presente asunto las pretensiones de la demanda se fundan en un acontecimiento trágico, como fué el incendio de un inmueble que se presentó el día 30 de septiembre de 1988, el cual se hizo notoria hacia las seis y media de la tarde".

"En tal incendio se involucraron dos inmuebles que conforman un solo globo y pertenecientes a la demandante señora Lidia Rosas vda. de Noguera. Su ubicación está en la carrera 26 de Pasto entre calles veinte y veintiuno. Las nomenclaturas de estos dos inmuebles corresponden a los números 20-75 y 20-77.

"El inmueble marcado con el Nro. 20-77 lo ocupaba la Contraloría General del Departamento para que allí funcione su archivo general, y con esa finalidad lo

había tomado en arrendamiento desde hacía ocho años atrás, renovando periódicamente los contratos de arrendamiento. La última renovación se efectuó mediante contrato celebrado el día 23 de agosto de 1988, tal como consta en la copia del mismo, que obra al folio 59, cuya cláusula contiene la caducidad en favor de la Entidad arrendataria.

"La arrendadora adquirió el inmueble mediante Escritura Pública No. 1696 otorgada en la Notaría Primera de Pasto el día 22 de diciembre de 1970 , tal como lo indica la copia de la Escritura que obra al folio 16 y cuya constancia de Registro en el Folio de Matrícula Inmobiliaria Nro. 240-0074160, aparece que se cumplió el 31 de diciembre del mismo año de 1970, el Certificado de Matrícula Inmobiliaria con número de orden 10730 obra al folio 15 y aparece expedido el 15 de agosto de 1990.

"De los hechos de la demanda por tanto aparecen demostrados el primero relacionado con la propiedad del inmueble por parte de la demandante; el segundo en relación a la ocupación por parte de la Contraloría General del Departamento de una parte de dicho inmueble en calidad de arrendataria; los hechos tercero, el cuarto y el quinto, se establecen sobre la realidad de que en esa fecha se presentó el incendio que se hizo manifiesto hacia las seis y media de la tarde, se demuestra con las declaraciones testimoniales y la investigación iniciada por el Juzgado de Orden Público por informe de la Policía en que se presentaron como sospechosos a los empleados de la Contraloría que en estado de alicoramiento se encontraron en el inmueble, dando por resultado que la Justicia Penal no encontró razones para sancionarlos y dictó providencia ordenando cesar todo procedimiento, tal como aparece en el fallo que en copia se ha allegado a este proceso a folios 111 a 116. Lo relacionado con los hechos sexto y séptimo se establece igualmente con la copia de la diligencia de Inspección Judicial cumplida por este Tribunal en el proceso Nro. 3654 que terminó con fallo inhibitorio de fecha 17 de enero de 1989. Esas mismas copias demuestra el hecho octavo.

"Como la acción instaurada pretende establecer que existe Responsabilidad Extracontractual a cargo del Departamento de Nariño -Contraloría General- por haberse presentado una falla en el servicio y como su consecuencia el daño sufrido por el inmueble de la demandante ubicado en Pasto en la Carrera 26 demarcado con el número 20-75 que lo destruyó materialmente en un ochenta por ciento de su estructura arquitectónica, por el incendio que se propagó desde el otro sector del mismo inmueble identificado con el número 20-77 que lo tenía en arrendamiento la Contraloría General del Departamento de Nariño para el funcionamiento del archivo general de la Contraloría, corresponde estudiar si se conjugan los elementos de la Responsabilidad Extracontractual administrativa que se han consagrado por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, a saber: un hecho generador o causante del daño, el perjuicio cierto determinado o determinable y la relación de causalidad entre el primero y el segundo:

"Para ello corresponde saber si el hecho generador del daño ocurrió por una falla de un agente de la administración que implique la falla anónima del servicio. Establecido esto determinar la magnitud del daño y si existe relación de causalidad entre dicho daño y la falla del servicio.

"En el caso presente en la demanda se insiste que existió una falla del servicio, pero deduciendo la responsabilidad en la escogencia de los funcionarios o agentes de la administración o por no haberlos vigilado correctamente, así en lo pertinente dice: "En el presente negocio se ha demostrado que se produjo un daño a consecuencia de un incendio que se originó o inició en el inmueble de Carrera 26 No. 20-77, que estaba bajo el cuidado y responsabilidad de la Contraloría General del Departamento de Nariño" y se agrega: "No le corresponde demostrar a la parte demandante, cuál fue el hecho causante del incendio: si fué (sic) manos criminales, personas que estaban después de las seis de la tarde en el interior del inmueble; por un descuido de esos funcionarios al botar una colilla de cigarrillo, o por mal estado de las líneas de conducción de la energía que produjo el corto, debido a falta de mantenimiento o reparación que correspondía a la entidad arrendataria".

"En otra parte agrega el apoderado de la parte demandante:

"Pero el uso indebido del inmueble por parte de los empleados de la Contraloría Departamental, está plenamente demostrado dentro del expediente que culminó con fallo inhibitorio, con el informe de la Policía, que por tratarse de un documento público, hace plena prueba de su contenido, mientras no se demuestre lo contrario".

"Mas adelante en la misma demanda se dice: "En el presente caso la Contraloría del Departamento de Nariño, no vigiló adecuadamente a sus dependientes al permitir que sus empleados usaran el inmueble arrendado para fines distintos; lo utilizaran para festejar, para departir con sus amigos, ajenos a la entidad y mientras se divertían, ocurrió el incendio en horas no laborables. Y aún cuando se ignoran las causas reales del incendio, si fue por una colilla de cigarrillo como lo deducen los testigos, o un corto circuito, lo cierto es que la entidad arrendadora (sic) es de todas maneras responsable, por si fue esto último el corto circuito se produjo cuando las luces se encontraban encendidas, y después de la seis de la tarde no tenían por qué estar encendidas, con las luces apagadas no puede producirse corto. Es decir, la arrendadora, (sic) por intermedio de sus dependientes, empleo la casa arrendada en otro uso distinto de aquel a que se destinó y como de ese uso distinto se derivó un perjuicio grave para la arrendadora, debe serle indemnizado en la forma solicitada en el libelo". "En este caso, la Contraloría General del Departamento de Nariño, no cuidó el inmueble ocupado, ni vigiló adecuadamente a sus dependientes, porque cualquiera que hubiere sido la causa del incendio, es responsable de los daños causados a las casas vecinas y debe pagar los perjuicios causados con este hecho, pues constituye falla del servicio"."En efecto, si fue por negligen-

cia o descuido de los empleados del archivo, se hace responsable por el hecho de sus dependientes. Si fue ocasionado por un corto circuito, que no está probado, también es responsable, porque a la hora que se inició el incendio no tenía (sic) por que estar luces encendidas y así como lo afirman los empleados pudo haberse ocasionado por mal estado de las redes de conducción, son reparaciones locativas QUE CORRESPONDIAN A LA Contraloría arreglarlas directamente o poner en conocimiento de la arrendadora su mal estado. La contraloría no puede exculparse de los daños, después de más de 13 años de uso, alegando el mal estado del inmueble."

"Los anteriores planteamientos de la demandante denotan que existe incertidumbre de su parte para poder establecer o plantear los hechos en que considera o consistió la falla en el servicio, no determina un hecho concreto sino que plantea una serie de posibilidades que como tales son inciertas. Y aún afirma que no le corresponde demostrar cuál fue el hecho causante del incendio.

"En el ejercicio de la acción de reparación directa, como la presente, la parte demandante puede demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición es un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación permanente o temporal de un inmueble por causa de trabajos públicos. En fin, la ley busca proteger a través de esta acción a los administrados contra todo posible abuso o exceso de la administración.

"El concepto de la violación que constituya la falla del servicio debe aparecer claro y concreto en la demanda, y esa claridad debe traducirse en la prueba, es decir que el actor debe traducirse en la prueba, es decir que el actor debe indicar la falla y a su vez demostrarla en forma inequívoca, en forma tal que el juzgador pueda encontrar la relación de causalidad a través de las pruebas. Como se trata de una jurisprudencia rogada no les es dado al juzgador efectuar por su cuenta la investigación. La carga de la prueba está a cargo de la parte actora. El juzgador a través del proceso no hace otra cosa sino legalizar la evacuación de las pruebas pedidas por quien demanda.

"La culpa grave de que trata el Art. 63 del Código Civil se equipara al DOLO y no se presume, por tanto debe probarse. La culpa Penal y la Administrativa, que se equipara al DOLO CIVIL debe probarse, ya que tampoco se presume. Esta es la regla general y los caos de excepción deben establecerse concretamente en la ley.

"Con el material probatorio que obra en este proceso se ha demostrado que la Contraloría General del Departamento disponía del inmueble urbano ubicado en la Carrera 26 No. 20-77 en calidad de arrendataria con destino al funcionamiento del Archivo General de la Entidad. En dicho inmueble prestaban sus servicios los señores: GLAUCO BENAVIDES, con el cargo de Citador en comisión; LUIS ALBERTO MEJIA, como Mecanógrafo; YENIT RUIZ, SANDRA BENAVIDES, como Mecanógrafas y HECTOR JOSE RAFAEL

DE LA CRUZ PUCHANA. Alguno de estos empleados el día 30 de septiembre de 1988, fecha en que ocurrió el incendio se encontraban en el inmueble después de la hora de salida de empleados, es decir después de las seis de la tarde. En realidad habían ingerido durante el día bebidas alcohólicas, pese a lo cual detectaron que se estaba produciendo el incendio y trataron de hacer lo posible para apagarlo, informaron a la Policía y a los bomberos y a pesar de lo cual el incendio no pudo ser sofocado y se generalizó.

"Con base en el informe de la Policía el Juzgado Segundo de Orden Público inició investigación de los hechos, sin lograr encontrar la causa ni responsable alguno, razón por la cual mediante providencia de 6 de febrero de 1989 ordenó cesación de todo procedimiento en favor de los señores Héctor de La Cruz, Glauco Getulio Benavides Arcos y Gerardo Fernando Arévalo, siendo estos señores las personas de quien se sospechaba en primer momento podrían ser responsables de la iniciación del incendio.

"De manera que no existiendo prueba de que el incendio se hubiere originado por la actividad de alguno de los empleados de la Contraloría, ni en forma accidental ni voluntaria, hay que admitir que se trató de un caso fortuito imprevisto no imputable por tanto a la entidad administrativa departamental, Contraloría General, no existiendo por ende falla anónima del servicio, de que se habla en la demanda.

"La Contraloría General del Departamento ha hecho servir el inmueble arrendado, hasta cuando se presentó el incendio, para los fines para los cuales lo tomó en arrendamiento, es decir para que allí funcione el Archivo General de esa Dependencia, prestando el servicio propio de una oficina de archivo, cual es la custodia, organización y expedición de copias y certificaciones. Si ocasionalmente algunos empleados realizaron una reunión de tragos, o si lo hacia periódicamente, ello implica una conducta que ameritaría aplicación del régimen disciplinario por sus superiores, pero ello no implica que tal conducta aislada de esos empleados deba considerarse como una Falla del Servicio de la Oficina indicada.

"Aunque exista un daño -el incendio- si no se demuestra la falla del servicio, no surge la relación de causalidad entre el uno y la otra, de donde se derive el derecho a la indemnización.

"El Tribunal ante la falta de demostración de la existencia de la FALLA DEL SERVICIO como causa del siniestro ocurrido, denegará las súplicas de la demanda, estando en ello en desacuerdo con el concepto de la Fiscalía.

"Por otra parte es del caso anotar que las excepciones propuestas, que en su conjunto, implican la afirmación de la ausencia de presupuestos procesales, carecen de fundamento, y el Caso Fortuito, alegado también como excepción, aparece implícito en la ausencia de pruebas que determinen una imputabilidad específica". (fls. 204 212 Cdno. No. 1).

- II - SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 215 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, obra el escrito en que el apoderado de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre dentro del siguiente universo:

"No necesito de profundos estudios o disposiciones jurídicas para desvirtuar los conceptos emitidos por el Tribunal de la primera instancia. Me basta, por ahora con resaltar dos grandes equivocaciones:

"I. Dice el Tribunal en uno de sus párrafos: "El concepto de la violación que constituya la falla del servicio debe aparecer claro y concreto en la demanda, y ese claridad debe traducirse en la prueba, es decir que el actor debe indicar la falla y a su vez demostrarla en forma inequívoca, en forma tal que el juzgador pueda encontrar la relación de causalidad a través de las pruebas. Como se trata de una jurisdicción rogada no les es dado al juzgador efectuar por su cuenta la investigación. La carga de la prueba está a cargo de la parte actora. El Juzgador a través del proceso no hace otra cosa sino legalizar la evaluación de las pruebas pedidas por quien demanda" (?).

"Muchas glosas pueden hacerse al párrafo anterior, pero por ahora basta con observar que aquí se trata de una REPARACION DIRECTA de un proceso indemnizatorio y la jurisprudencia del Consejo de Estado ha enseñado que no está sujeto a rigidez de la Acción de nulidad o de Restablecimiento del Derecho. No es esencial el concepto de la violación.

"En el Derecho procesal moderno, el juez no es sujeto pasivo, como un árbitro en el boxeo, cuya misión es evitar los golpes prohibidos y levantar la mano al vencedor. En la justicia la labor del juez es más activa, su labor es investigar y conceder el derecho a quien demuestre tenerlo, aún cuando hubiere sido torpemente pedido. Porque el objeto del procedimiento es la efectividad del derecho sustancial (Art. 4o. C.P.C.).

"II.- Dice igualmente la sentencia: "La culpa grave de que trata el art. 63 del Código Civil se equipara al DOLO y no se presume, por tanto debe probarse, la culpa penal y la administrativa, que se equipara al DOLO CIVIL debe probarse, ya que tampoco se presume. Esta es la regla general y los casos de excepción deben establecerse concretamente en la ley".

"Es abundante la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de los Tribunales administrativos del país, que reiteran desde hace muchos años, que en tratándose de Responsabilidad del Estado con fundamento en la falla del servicio, no es necesario hablar de culpa, ni mucho menos de DOLO CIVIL".

- III - CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) En el expediente quedaron debidamente demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que el día veintitrés (23) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), la señora LYDIA ROSAS DE NOGUERA dio en arrendamiento a la CONTRALORIA GENERAL DE NARIÑO, un bien inmueble "...consistente en una casa de habitación, ubicada en la Cra. 26 No. 20-77 de la ciudad de Pasto ..." el cual debía destinarse para el funcionamiento del archivo de la citada entidad. El término del contrato se pactó en un año, contado a partir del mes de Mayo de 1988;

SEGUNDA: Que el día treinta (30) de septiembre de 1988 se presentó un incendio en el inmueble anterior, el cual destruyó completamente la edificación, excepto los muros de ladrillo, *y afectó parcialmente el inmueble adyacente,* de propiedad de la arrendadora, Señora Lydia Rosas de Noguera, situado en la misma carrera 26 No. 20-75.

B) A la luz del acervo probatorio anterior, y del que sea menester apreciar a lo largo de este proveído, la Sala entra a desatar el recurso de apelación, interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, anticipando si que revocar a el fallo proferido por el *a-quo*, pues no hace suya la valoración jurídica y probatoria que él hizo de las distintas circunstancias del caso.

De entrada el *ad-quem* desea dejar en claro que del universo del libelo se vivencia que se ha demandado, en ejercicio de la acción de reparación directa, por los daños causados por el incendio en la edificación vecina, esto es, en la situada en la carrera 26 No. 20-75, pues bajo el rubro "LO QUE SE DEMANDA", se enlistan las pretensiones dentro del siguiente marco:

> "PRIMERA. Que el Departamento de Nariño (Contraloría General del Departamento), es administrativamente responsable de los daños y perjuicios causados a la señora LAURA LYDIA ROSAS DE NOGUERA, propietaria del inmueble urbano consistente en una casa de habitación, ubicada en la Cra 26 Nro. 20-75, como consecuencia del incendio ocurrido el día 30 de septiembre de 1988 e iniciado en el inmueble ubicado enseguida, distinguido con el No. 20-77 de la Ciudad de Pasto, ocupado por la Contraloría Departamental.
>
> "SEGUNDA. Que como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Departamento de Nariño a pagar a la demandante todos los perjuicios materiales y morales causados. Los perjuicios se dividirán en daño emergente y lucro cesante y se actualizarán por el valor que tenga la moneda colombiana en la fecha de la sentencia".

Se hace la precisión anterior, en homenaje a la claridad, pues el apoderado de la parte actora, en algunos apartes de la demanda, bajo la referencia "FUNDAMENTOS

DE DERECHO" afirma que: "En materia civil, y aún en derecho administrativo, pesa sobre el arrendatario la presunción de culpabilidad cuando la cosa perezca en su poder ...", como significando que en el presente conflicto de intereses también debe haber pronunciamiento sobre los daños causados por el incendio en la casa arrendada, esto es, en la situada en la misma carrera 26 No. 20-77. De aceptarse esta perspectiva, se impondrá concluír que la demanda es inepta, pues se estaría acumulando una acción contractual con una reparación directa. Como la posibilidad jurídica resulta absurda, se rechaza, y se centra el conflicto de intereses sólo dentro del perfil que tiene el petitum.

C) Habiéndose probado, en legal forma, que el inmueble en que se presentó el incendio estaba arrendado a la Contraloría General de Nariño, se impone concluír que el centro de imputación jurídica demandado es responsable de los perjuicios causados con el incendio en la casa vecina con apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional que en forma expresa dispone que el Estado debe responder "... patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". Es esta responsabilidad, como reiteradamente lo ha dicho la Sala, la atención del constituyente no se fijó en el autor de la conducta causante del daño, sino en la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en BORRAR UNA CULPA, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el DAÑO SUFRIDO por el particular. La Culpa ha dejado de ser el FUNDAMENTO UNICO del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Esta verdad jurídica explica la razón por la cual en muchos casos ella deba responder de los daños patrimoniales ocasionados no obstante haber tenido una actuación lícita. La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en el PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, que se recoge también en el artículo 1o. de la Constitución Nacional cuando se refiere a Colombia como un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana y en LA SOLIDARIDAD DE LAS PERSONAS QUE LA INTEGRAN.

Para quienes suelen desconcertarse porque en el Derecho Administrativo se ha ido dejando, poco a poco, la doctrina de la culpa, vienen bien las enseñanzas del Profesor Eduardo García de Enterría, cuando recuerda:

> "La doctrina de la culpa es, sin duda, fundamental en el Derecho Civil; pero está claro que no es apta para fundar sobre ella el surgimiento de la responsabilidad, y esto tanto en los casos en que claramente no lo explica, como en aquellos que tradicionalmente viene pretendiendo explicar. Las teorías que aspiran a ocupar el lugar central que hasta ahora ha ocupado esta vieja doctrina, no han logrado quizá una perfección definitiva; pero parece establecido que se van acercando hacia un punto común que pone el acento **OBJETIVAMENTE EN EL DAÑO**, reduciendo el elemento subjetivo a lo que es su función propia, la imputación particular, que no la causa fundamental y determinante. Acaso la tesis, que ya se apunta, **de configurar un principio abstracto de garantía del patrimonio desde el cual explicar el deber de resarcimiento en todos**

los casos particulares, sea la construcción más progresiva y coherente, reservándose a la culpa UNA FUNCION MODULADORA DE LA EXTENSION DE LA INDEMNIZACION, un carácter, en los términos de STARK "DE PENA PRIVADA" que se sobrepone al objetivo de reparación que surge en todo caso que se afecte a aquel abstracto principio de garantía. En cualquier caso el Derecho Civil, como ya hemos dicho, se resistirá verosímilmente a abandonarse a un principio único en materia de responsabilidad, dado el riquísimo casuimo que posee, en el cual anidan tesoros de sutileza y pragmatismo elaborados durante siglos enteros, y que indudablemente sería insensato dilapidar en aras de un simple prúrito logicista.

"El caso del Derecho Público es bastante distinto, como ya hemos avanzado. El paso del sistema de la irresponsabilidad al de responsabilidad de la Administración ha sido históricamente brusco y absoluto, y no la obra de un progresivo casuismo al cual poder remitirse y sobre cuya objetividad establecida poder apoyarse" (Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa. Editorial Civitas, pág. 169 y ss.ss.).

En la materia que se estudia, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 31 de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), Expediente Nro. 6515, Actor Fabio Ruiz Ospina, demandado La Nación-Ministerio de Obras Públicas-Fondo Vial Nacional, en la cual se lee:

"Es verdad que en la ley de leyes no se define el concepto de "daños antijurídicos", realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo. Y es la doctrina española la que lo precisa en todo su universo. Para LEGUINA, "... **un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica**" (Cita de J.M. de la Cuétara. La actividad de la Administración, tecnos, pág.554).

"Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna OBJETIVA, pues como lo enseña este último tratadista, "... no se trata de ningún perjuicio CAUSADO antijurídicamente, sino de un PERJUICIO ANTIJURIDICO EN SI MISMO; por otra parte, **se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles** ... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, **insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial.** A continuación se transcriben unos párrafos en los que se desarrolla con claridad meridiana la postura del Tribunal Supremo:

"Sentencia de 27 mar. 1980 (Sala 4a. ref. No. 2249):

"Por responsabilidad de la Administración -central o local- ha de entenderse

aquella obligación general que a la misma imcumbe, fuera del ámbito del ejercicio de sus potestades expropietarias -que tienen una regulación especial- de resarcir a los particulares de los daños y perjuicios, que no estando obligados por imperativo legal u otro vínculo jurídico a soportar, sean consecuencia del quehacer administrativo de aquella.

"Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado por una disposición legal o vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la Administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

"La ratio legis" verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinado a ella sin un deber expreso de sacrificio que reúna las condiciones de "injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal", ha de tener la garantía por parte de la Administración de su resarcimiento, dotándole acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado por un comportamiento institucional".

"Dentro del mismo universo discurre el Profesor Eduardo García de Enterría, quien sobre el particular enseña:

"2. El concepto técnico-jurídico de lesión resarcible y sus notas características.

"Al construír la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea la ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento solo si, en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con todo precisión desde un punto de vista técnico-jurídico, nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro Derecho que interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurda que fuese, o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del Derecho

en cada caso. Nuestro sistema positivo, por el contrario, reposa sobre un profundo rigor técnico, que sólo precisa de una explicación coherente.

"A estos efectos conviene comenzar que distinguir el concepto jurídico de lesión concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. **Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su valor sea contraria a Derecho (antijuricidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuricidad objetiva)**: vid., por ejemplo, los Dictámenes del Consejo de Estado de 5 de abril de 1968 y 8 de julio de 1971, entre otros muchos). Como dice con toda corrección la S de 27 de enero de 1971 y reitera el Auto de 10 de febrero de 1972, la lesión supone un "perjuicio que no es antijurídico por la manera de producirse, sino porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aún cuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud". La antijuricidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate".

"Este nuevo enfoque de la responsabilidad administrativa en el derecho colombiano se consignó en sentencia de 27 de Junio de mil novecientos noventa y uno (1991), Expediente Nro. 6454, Actor EDGAR PEREZ RODRIGUEZ. Demandado Instituto de Crédito Territorial, y se reitera ahora. La sola circunstancia de que una piedra se desprenda de las alturas, y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una ANTIJURICIDAD OBJETIVA dentro del temperamento en que discurre el profesor García de Enterría en el aparte de su obra ya transcrito".

La Sala considera de interés ir fijando pautas jurisprudenciales en relación con el real alcance del concepto constitucional "DAÑOS ANTIJURIDICOS QUE LE SEAN IMPUTABLES". Dentro de una óptica debe quedar en claro que el perjuicio que da origen a la responsabilidad es el antijurídico, y esta nota hay que buscarla en el HECHO EN SI MISMO, no en la conducta que lo causa. Por ello no existe antijuricidad cuando el particular está obligado a soportar el perjuicio. Esta verdad jurídica lleva al Profesor J.M. de la Cuétara a enseñar:

"... Hora es de hacer algunas reflexiones en torno a estos puntos, la primera de las cuales ha de ser el recordatorio de que el Derecho es operativo tan solo dentro de ciertos límites, límites que se derivan de los costes sociales inherentes a la aplicación de los instrumentos jurídicos. De esta reflexión se deduce que, aún existiendo perjuicios reales que se alejan del ideal de justicia, algunos

de ellos pueden no ser reparables dentro del sistema de Derecho que conocemos y, por tanto, no resultan antijurídicos en el sentido técnico del término.

"La situación que quiero mostrar puede plantearse a través de la técnica de reducción al absurdo. Tomemos el caso de la inflación, de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, que, evidentemente, causa perjuicios claros a determinados grupos sociales. No parece descabellado establecer que, en la sociedad actual, el Gobierno, a través de sus medidas económicas, de sus variadas intervenciones en precios, salarios o tarifas de los servicios públicos, o de su control del sistema de seguridad social, posee el suficiente protagonismo en este tema como para que le sean achacables alguno de estos perjuicios. Tampoco supone una dificultad técnica insuperable cuantificarlos, en su caso. Y debe recordarse que la redistribución de los beneficios y cargas sociales es misión que en justicia corresponde al sistema fiscal de un país, nunca a la desigual forma de recibir los efectos de la inflación.

"Tal como acaba de presentarse, nos encontramos con un perjuicio real y cuantificable, que afecta a grupos de personas individualizables y en el que es posible determinar el nexo causal con la actuación de los poderes públicos. Calificar de injusticia generada por la inflación, por contraste con la que teóricamente debería lograr el sistema fiscal, es, así mismo, factible. Pero ya no lo es, en cambio, establecer que son antijurídicos estos daños, puesto que el intento de indemnizarlos no haría otra cosa que distorsionar la economía de un país.

"Si este supuesto, exagerado conscientemente para una mayor claridad de la exposición, puede aceptarse sin dificultad, nos encontramos con multitud de otros en los que las cargas de la vida social se proyectan sobre los particulares en forma en que es muy difícil determinar su antijuridicidad. ¿Habría de indemnizarse la lentitud en la tramitación de todo procedimiento en épocas de inflación? (Aquí está el problema de los intereses de demora que tanto ha preocupado a GARCIA DE ENTERRIA). ¿Hasta donde ha de llegarse en la búsqueda de la compensación integral de los daños?. Esta y otras cuestiones que pueden plantearse nos informan que la antijuridicidad de los daños posee unos límites, límites que lo son también de la operatividad del sistema jurídico y de los que, para cerrar este tema, recordaremos la formulación realizada por VILLAR PALASI: son, por un lado, las actuaciones de la Administración encaminadas a la creación de las condiciones sustanciales de la vida colectiva (manifestadas a través del ejercicio de las potestades organizatorias de la vida común) y, por otro lado, aquellos perjuicios que, por el número de los afectados o por cuantía, implicarían una indemnización incompatible con el mantenimiento de la economía de un país (tal sucede, por ejemplo, en los daños de guerra, en algunas operaciones drásticas de saneamiento económico, etc.)".(La actividad de la Administración, Tecnos, págs. 574-575).

D) Finalmente, al *ad-quem* desea dejar en claro que en el caso *sub-examine* el centro de imputación jurídica demandado no demostró que el incendio se hubiera causado por fuerza mayor, por el hecho de un tercero, o la culpa exclusiva de la víctima. Los distintos declarantes que depusieron a lo largo del proceso hacen afirmaciones basados en conjeturas. Así el señor Eduardo Moreno dijo:

> "... se escuchó el rumor de que había sido causado por los empleados de la Contraloría, del archivo, entonces hicimos el comentario de que eso debería suceder puesto que en varias ocasiones habíamos visto a estos empleados reunidos tomado trago ahí dentro y en ocasiones los vimos salir también embriagados ..."

JOSE FERNANDO JARAMILLO, (c. 1, fol 104), "PREGUNTADO: Sírvase manifestar usted si del conocimiento que tuvo de este lamentable insuceso se percató de los autores o partícipes del incendio o de la forma cómo él se produjo?. CONTESTO: No podría decir, solo sabíamos que los tres que trabajan en el archivo de la Contraloría estaban adentro, pero no podría decir como empezó ... Yo diría a título personal que fue una negligencia de ellos que causó el incendio, por el hecho de haber estado tomando en la oficina, alguna colilla, a lo mejor. Ese día estaban tomando licor, los que estaban bebiendo eran unas tres o cuatro personas, no se quiénes exactamente ..."

ROSA FATIMA VODNIZA QUIJANO, manifestó: "Que a mi me conste cómo empezó el incendio, no se pero uno deduce que la gente ahí era muy bebedora, hacían muchas reuniones y cada vez que pasábamos veíamos que pasaban en estado de embriaguez y olía a trago y cigarrillos, olía como a cantina amanecida. En horas de la noche me pudo (sic) dar cuenta en varias ocasiones que ellos salían en estado de alicoramiento y tambaleaban para cerrar la puerta, en horas del día no los ví porque yo trabajo y me mantengo en la Optica.... Cuando estaban sacando las cosas del archivo dijeron que era por causa de un cigarrillo porque se veía colillas del cigarrillo ...".

HECTOR JOSE RAFAEL DE LA CRUZ PUCHANA, destacó: "No tengo conocimiento, creo que fue un corto circuito porque ya había ocurrido uno antes... en esa casa había fallas, las había, porque un bombillo no duraba una puesta ...".

GLAUCO GETULIO BENAVIDES ARCOS, relató: "... yo atribuyo el origen del incendio a un corto circuito por lo que los cables estaban todos por encima y la instalación no estaba bien hecha y en ese sector había una papelería muy vieja... creo que probablemente fue un corto circuito ...".

En este momento del discurso se recuerda que el Juzgado Segundo del Orden Público, que adelantó la investigación de los hechos, ordenó la CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO en favor de los señores HECTOR DE LA CRUZ, GLAUCO

GETULIO BENAVIDES ARCOS Y GERARDO FERNANDO AREVALO, quienes fueron inicialmente sindicados de haber desatado el insuceso, por considerar que: "... todo apunta a señalar que el surgimiento del incendio antes de deberse a una acción criminal es fruto de un típico caso fortuito, muy ajeno a la naturaleza humana ...". Sin embargo, el citado funcionario tampoco pudo llegar a conclusiones ciertas en materia tan importante, moviéndose más bien en el campo de las posibilidades.

Por todo lo que se deja expuesto, la responsabilidad del centro de imputación jurídica demandado no aparece desvirtuada, realidad que lleva a concluír que debe responder de los daños causados.

E) La legitimación por activa quedó debidamente demostrada. También el daño. En ese último particular los peritos, en su dictamen, destacan:

"b) Inmueble cra 26 No. 20-75.

"Este fue parcialmente destruído por la acción del fuego que se iniciara en la casa contigua y a consecuencia de la desprotección por cuanto su cubierta sufrió daños irreparables.

"Se constató en la diligencia de Inspección judicial que la causa de la destrucción de los inmuebles fue el incendio ocurrido en las dependencias de la Contraloría Deptal. Sección archivo.....

Valor reconstrucción de los daños en la primera y segunda planta y cubierta.....$ 2.000.000.oo".

A título de lucro cesante la Sala encuentra justo y razonable ordenar el pago de la suma de cuarenta mil pesos ($40.000.oo) mensuales que la actora tuvo que sufragar, durante seis meses, a título de precio de arrendamiento, del inmueble que ocupó y según reza el contrato que obra al folio 43 del Cuaderno No. 1. El monto total de DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS ($240.000.oo), se actualiza por el período comprendido entre el dos (2) de abril de 1989 y el 31 de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

También se ordena la actualización de la suma de dos millones de pesos ($2.000.000.oo) por el mismo período. En este particular el sentenciador considera que el gasto de reparación se consumó, en puridad de verdad, el dos (2) de abril de 1989.

Sobre el capital histórico de dos millones doscientos cuarenta mil pesos ($2.240.000.oo), y también a título de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, se reconoce un interés técnico del seis por ciento anual (6%), que se liquida por el período comprendido entre el dos (2) de abril de 1989 y el 31 de Octubre de 1992, habiendo tenido el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

Dentro del anterior marco, la condena por perjuicios materiales monta la suma de CINCO MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA Y OCHO PESOS ($5.719.345.98) MONEDA CORRIENTE, siguiendo la siguiente formula:

$$1\text{-) } Ra = R \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

$$Ra = \$2.000.000 \frac{260.57}{111.40}$$

Ra = $2.000.000 X 2.339048474

Ra = $4.678.096.96

$$2\text{-) } Ra = \$240.000 \frac{260.57}{111.40}$$

Ra = $240.000 X 2.339048474

Ra = $560.371.63

3-) Intereses del 6% anual de $2.240.000. entre abril de 2 de 1989 al 31 de octubre de 1992, suman:

I = $480.877.41.

TOTAL INDEMNIZACION POR PERJUICIOS MATERIALES LA SUMA DE CINCO MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS ($5.719.345.98).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMASE el primer aparte de la sentencia calendada el día ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en cuanto declara no probadas las excepciones propuestas;

SEGUNDO: REVOCASE el segundo aparte de la misma sentencia, en cuanto deniega las pretensiones de la demanda y, en su lugar, resuelve:

A) Declárase que el Departamento de Nariño - Contraloría General del Departamento, es administrativamente responsable de los perjuicios causados a la señora LAURA LIDYA ROSAS DE NOGUERA, en el inmueble de su propiedad, situado en la carrera 26 No. 20-75, de la ciudad de Pasto, dentro del marco de circunstancias que se relacionaron y analizaron en los considerandos de este proveído;

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena al Departamento de Nariño - Contraloría General del Departamento, a pagar a la señora LAURA LIDYA ROSAS DE NOGUERA, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, la cantidad de CINCO MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS ($5.719.345.98);

c) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda;

D) A esta sentencia se le deberá dar cumplimiento en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del C.C. Administrativo.

Expídanse las copias del fallo con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

TERCERO: Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo; Juan de Dios Montes Hernández; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO/DAÑO ANTIJURIDICO.

Está acreditado que el vehículo automotor, instrumento con causal de los acontecimientos y su conductor estaban vinculados al servicio y se encontraban cumpliendo una misión oficial. Hubo irregularidad en la conducta oficial, tanto por disponer la salida del automotor oficial sin el equipo de auxilio vial que exigen los reglamentos de tránsito, como por la conducta a todas luces imprudente o negligente del conductor oficial, el sub oficial y los 22 soldados a su mando. Ocurrida la avería del sistema eléctrico, debieron empujar el camión a la berma; de no ser posible, era su deber, y no lo observaron, colocar cualquier otra señal indicativa del riesgo creado, como mecheros y ramas, para evitar que se produjese un accidente de las proporciones y con las consecuencias del que se presentó.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C., ventiseis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Juan deDios Montes Hernández.*

Ref.: Expediente Nº 7132 Actor: SHELLIA MARIA ALTAMAR DE CAMPO Y OTROS.-

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia que profirió el Tribunal Contencioso Administrativa de la Guajira, el 16 de octubre de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes determinaciones:

"PRIMERO: Declárase administrativamente responsable a la Nación Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por falla en el Servicio a raíz de los hechos acaecidos el día 30 de noviembre de 1988 en la carretera que conduce de

Dibulla Riohacha (Guajira), en las circunstancias analizadas en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales:

"a. Esposa e hijos legítimos:

"SHEILLA MARIA ALTAMAR DE CAMPO: Quinientos gramos (500 gm.) de oro.

"JOSE GREGORIO CAMPO ALTAMAR.- Quinientos gramos (500 gr.) de oro.

"MARIA TERESA CAMPO ALTAMAR.- Quinientos gramos (500 gr.) de oro.

"FABIO MISAEL CAMPO ALTAMAR.- Quinientos gramos (500 gr.) de oro.

"DOLCEIS DE JESUS CAMPO ALTAMAR.- Quinientos gramos (500 gr.) de oro.

"JULIAN EUGENIA CAMPO ALTAMAR.- Quinientos gramos (500 gr.) de oro.

"MILENA DE JESUS CAMPO ALTAMAR.- Quinientos gramos (500 gr.) de oro.

"b. Hijos naturales representados por su madre la señora ROSA MARIA CASTRO SORACA:

"GLENIS ESTHER CAMPO CASTRO.- La suma de quinientos gramos (500 gr.) de oro.

"MARIA ALEJANDRA CAMPO CASTRO.- Quinientos gramos (500 gr.) de oro.

"YAILTHON ALFONSO CAMPO CASTRO.- Quinientos gramos (500 gr.) de oro.

"VIERIS YANETH CAMPO CASTRO. Quinientos gramos (500 gr.) de oro.

"Los gramos de oro deberán ser cubiertos al precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado este fallo. Para ello se acompañará la certificación expedida por el Banco de la República sobre el particular.

"TERCERO. Condénase en abstracto a la Nación -Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a pagar a la esposa e hijos menores de la víctima: SHEILLA MARIA ALTAMAR CAMPO, JOSE GREGORIO CAMPO ALTAMAR, GLENIS ESTHER, MARIA ALEJANDRA, YAILTHON ALFONSO, VIERIS YANETH CAMPO CASTRO, los perjuicios materiales que se les causaron, los cuales se liquidarán siguiendo las pautas fijadas en esta sentencia.

"CUARTO. Esta condena se cumplirá en los términos de los Artículos 176 y 177 del C.C.A.

"QUINTO.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

"SEXTO.- En el caso de que esta sentencia no sea apelada, consúltese ante el Consejo de Estado". (fls. 294 a 296 C. Principal).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. **La demanda**. El 20 de noviembre de 1990, actuando por medio de apoderado legalmante constituído y en ejercicio de la acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda en contra de la NACION -MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL las siguientes personas: SHEILLA MARIA ALTAMAR, obrando en nombre propio y en representación del menor JOSE GREGORIO CAMPO ALTAMAR,MARIA TERESA, FABIO MISAEL, DOLCEY DE JESUS, JULIANIS EUGENIA Y MILENA DE JESUS CAMPO ALTAMAR, ORLANDO BIENVENIDO CAMPO Y ROSA MARIA CASTRO SORACA en representación de los menores GLENYS ESTHER, MAIRA ALEJANDRA, YAILTHON ALFONSO Y VIERIS YANETH CAMPO CASTRO igualmente ORLANDO BIENVENIDO CAMPO y OLGA CECILIA BOLAÑOS MONTAÑO, obrando en propio nombre y en representación de los menores ALEXANDER DE JESUS, GERMAN ENRIQUE, JORGE ELIECER Y JUAN CARLOS CAMPO BOLAÑOS Y ORLANDO EMILIO CAMPO BOLAÑOS, y por otra parte JULIO RAFAEL MARTINEZ MENDOZA Y BLASINA o BLASINA DOLORES RAMIREZ FUENTES, quienes obran en propio nombre y en representación de los menores KAREN o KREN IRLEN, KELTON o KELTON JOSE, KENDRY o KENDRY ALBEIRO Y KEVIN ORLANDO MARTINEZ RAMIREZ, TEOFILO RAMIREZ ALVAREZ, ENER NORA MORA FUENTES ESCLER, EVELY, ARCADIA y BIENVENIDO MORA FUENTES Y RAMONA RAMIREZ FUENTES; solicitaron que la entidad demandada fuera declarada responsable de la totalidad de los perjuicios que se les causó en accidente de tránsito a raíz de la muerte de su cónyuge, padre y hermano DOLCEIS JESUS CAMPO SUAREZ, para el primer grupo familiar y para el segundo y tercer grupos, por las lesiones personales sufridas por ALEXANDER DE JESUS CAMPO BOLAÑOS y BLASINA DOLORES RAMIREZ FUENTES, respectivamente, en hechos ocurridos hacia las tres y media (3 1/2) de la madrugada del 30 de noviembre de 1988 en la carretera troncal del Caribe, concretamente en el sector que va de Puente Bomba a Campana Nuevo, en el Departamento de la Guajira.

Consecuencialmente reclaman por perjuicios morales el pago de la suma equivalente, en pesos colombianos, a 1.000 gramos de oro fino, para cada uno de los demandantes; por perjuicios materiales: para el primer grupo familiar, el lucro cesante derivado de la pérdida definitiva de la ayuda económica que la viuda y los hijos percibían del occiso; en el caso del segundo grupo familiar, a ORLANDO BIENVENIDO y OLGA CECILIA BOLAÑOS el daño emergente derivado de los gastos médicos, quirúrgicos, de hospitalización y drogas que debieron asumir para el tratamiento de las lesiones ocasionadas a su hijo ALEXANDER CAMPO BOLAÑOS y; para el tercer grupo familiar, en favor de BLASINA DOLORES y JULIO MARTINEZ por daño emergente el valor de los gastos médicos, quirúrgicos, de hospitalización y por drogas generados en las lesiones sufridas por aquella y, por lucro cesante, la suma de $2.027.040

En todos los casos, se pide actualizar la condena al pago de los perjuicios materiales; además, sobre el monto total de los perjuicios tanto morales como materiales, liquidar los intereses previstos en el inciso último del artículo 177 del C.C.A.

La causa petendi, la hicieron consistir en los siguientes hechos:

"1º.- El día treinta (30) de noviembre de 1988, perdió la vida el señor Dolceis de Jesús Campo Suárez, en un accidente de tránsito acaecido en la carretera que de Dibulla conduce a Riohacha y Maicao (Guajira).-

"2º.- Que el accidente se debió a imprudencia del Dragoneante, señor Victor Moreno Pimienta, conductor del camión Dobletroque, tipo estaca Reo distinguido con las siglas EJC1048 de propiedad del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, quien dejó sobre la vía carreteable el vehículo oficial, por haber sufrido éste una avería o falla mecánica, durante mucho tiempo y sin las señales de luces o señales luminosas de peligro a que estaba obligado según el Código Nacional de Tránsito Terrestre.

"3º.- El vehículo Camioneta FORD CUSTOM F-350 de placas VBZ-179, conducido por la hoy víctima dicho vehículo y transportando, además las siguientes personas: señora Blasina Dolores Ramírez Fuentes, Alexander de Jesús Campo Bolaños y otros más, salió del municipio de Dibulla hacia Maicao (Guajira) a las tres (3 A.M.) de la madrugada. El viaje se desarrollaba con toda normalidad por cuanto el hoy finado era un experto conductor o chofer y diariamente hacía dicho recorrido del cual derivaba su ingreso laboral, cuando se produjo un accidente de naturaleza tan grave, que dió como resultado la muerte del señor Dolceis de Jesús o Dolceis Jesús Campo Suárez y lesiones a la señora Blasina Dolores Ramirez Fuentes al joven Alexander de Jesús Campo Bolaños y la destrucción total del vehículo particular.

"4º.- El fatal accidente se produjo en la carretera troncal del Caribe y más concretamente en el sitio llamado MARIA MINA (ubicado entre Campana Nuevo y Campana Viejo) aproximadamente a las tres y media (3 1/2) de la

madrugada como consecuencia de la imprudencia del conductor del vehículo oficial al dejarlo estacionado dentro de la zona destinada al tránsito de vehículos en dicha troncal y fuera de ello sin las señales de luces o señales luminosas de peligro a esas horas de la madrugada.

"5º.- Y se produjo tal accidente, en forma por demás inevitable porque el vehículo oficial: Camión doble troque estaca tipo reo, se encontraba estacionado en dicha carretera sin ningún tipo de señales y de luces, para alertar y poner sobreaviso a los demás conductores como manda el Código Nacional de Tránsito.

"6º.- El conductor del vehículo oficial violó en forma flagrante las normas de tránsito para los vehículos varados o estacionados en carretera. Vale decir: que además de estar estacionado en el carril o vía por donde deben circular los carros, no le puso señales para que los demás vehículos que transitaran a dichas horas de la madrugada se enteraran de que allí se encontraba varado el vehículo particular predicho.

"7º.- El accidente produjo total destrucción del vehículo particular conducido por el señor Dolceis de Jesús Campo Suárez y la muerte de éste y lesiones a los señores Blasina Dolores Ramírez Fuentes y al joven Alexander de Jesús Campo Bolaños y otras personas más que se encontraban en dicho vehículo.

"8º.-La camioneta de propiedad de la hoy víctima señor Dolceis de Jesús o Dolceis Jesús Campo Suárez, antes de producirse el fatal accidente y en el mismo momento de él estaba en buenas condiciones mecánicas y por ello la marcha de ella por la troncal del Caribe, era normal, adecuada, sin peligro alguno para nadie, ni para sus propios ocupantes ni para terceras personas.

"9º.- El hoy difunto, señor Dolceis Jesús ó Dolceis de Jesús Campo Suárez, por sus excelentes condiciones físicas y su larga experiencia en cuanto a conducción de vehículos, era muy buen chofer y su conducta en carretera no ofrecía el menor margen a que se produjera un accidente como el que le costo la vida y las graves lesiones a sus acompañantes o personas transportadas.

"10ª.- El accidente que le costó la vida al señor Dolceis de Jesús o Dolceis Jesús Campo Suárez, se produjo sin que él hubiera tenido la más mínima oportunidad de evitarlo y proteger su vida, así como la salud de sus pasajeros, por la evidente imprudencia del conductor del vehículo oficial conciente y deliberada desobediencia de las más claras y elementales normas de tránsito al dejarlo allí en plena carretera estacionado, sin ningún tipo de señal para alertar a otros conductores que transitan por dicha troncal a esas a esas horas de la madrugada, propiciando el fatal accidente y sus trágicas y dañinas consecuencias. Normas de tránsito que una autoridad militar como la que conducía el vehículo oficial estaba obligada a conocer y a poner en práctica para la debida protección de la vida y la salud de otros residentes en el País.

"11ª.- De lo anterior se desprende ilustres Magistrados que hubo un hecho constitutivo de una falta o falla en el servicio, por cuanto un agente del Estado, un dragoneante del Ejército Nacional, en ejercicio de sus funciones ocasionó con su conducta imprudente, omisiva y con gran desobediencia de las normas de tránsito un accidente fatal con un vehículo oficial que se encontraba en servicio.

"12ª.- Con origen en el accidente predicho la entidad demandada debe indemnizar el valor total del vehículo mencionado, ya que el hoy difunto lo conservaba en perfectas condiciones de funcionamiento. b) El valor o monto dejado de producir por dicha camioneta desde la fecha del accidente hasta la fecha en que reponga nuevamente y sea puesta al servicio de transporte de pasajeros en la que la empleaba corrientemente el difunto y c) El valor o monto que haya de ser pagado por el vehículo, el cual quedó completamente destruido y por lo mismo, sin facilidad de ser reparado o reconstruido.

"13ª.- La falta o falla del servicio se produjo por acción.

"14º.- Como las personas mencionadas salieron heridas y muerta a raíz del choque con un vehículo de dotación oficial, en la forma atrás explicada, y como lo sostiene y aclara la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, origina de modo claro, una falta o falla del servicio presunta.

"15º.- Antes de muerto el señor Dolceis de Jesús o Dolceis Jesús Campo Suárez, vivía con su esposa e hijos en un mismo hogar, en perfecta armonía, ya que todos ellos son muy unidos y con gran unión con los hijos del hoy difunto y la señora Rosa María Castro Soraca.

"16º.- La muerte inesperada del señor Dolceis de Jesús ó Dolceis Jesús produjo en el ánimo de sus familiares un profundo dolor moral, un sentimiento de solidaridad inimaginable, por lo cual los actores deben ser indemnizados directamente por la demandada en los perjuicios morales subjetivos y materiales.

"17º.- Antes y en la fecha de su muerte, el señor Dolceis de Jesús ó Dolceis Jesús Campo Suárez, se encontraba en perfectas condiciones físicas y de salud. Las heridas que recibió y a consecuencia directa de ellas, su muerte tuvo origen en el accidente provocado por la imprudente conducta e injurídica del conductor del vehículo oficial y el resto de sus acompañantes.

"18º.- Antes de ser lesionados los señores: Blasina Dolores Ramírez Fuentes y Alexander de Jesús Campo Bolaños, se encontraban gozando de salud completa, plena, nada los aquejaba, por ello se encontraban dicho día en ese vehículo y con destino a la ciudad de Maicao (Guajira) a hacer compras.

"19º.- La señora Blasina Dolores Ramírez Fuentes, hoy en día y en el mismo momento de ser lesionada vivía y vive con su esposo el señor Julio Martínez

Mendoza y sus menores hijos, en un hogar que aunque reina la estrechez económica abunda la armonía y el afecto.

"Por ello los perjuicios morales subjetivos a la misma lesionada y actores les deben ser indemnizados por la entidad demandada.

"20º.- El joven Alexander de Jesús, hoy en día y en el mismo momento del accidente vive y vivía en el mismo hogar con sus padres y sus hermanos, conformando un hogar en donde prima la unión familiar. Las lesiones sufridas por este joven a raíz del accidente de tránsito produjo en sus padres y hermanos una gran aflicción y congoja, por ello los perjuicios morales subjetivos les deben ser indemnizados por la entidad demandada.

2. Trámite de la primera instancia. El *a-quo* dió curso a la demanda y notificó el auto admisorio al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, el cual constituyó apoderado especial para hacerse representar en el juicio, pero el libelo de contestación no pudo ser considerado por extemporáneo (fls. 62 a 85); las pruebas pedidas por la parte actora y las de oficio, fueron decretadas mediante proveído del 4 de marzo de 1991, siendo allegadas de manera regular y oportuna al proceso (fls. 86 a 88).

Vencido el término probatorio se dió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegarán de conclusión y rindiera su concepto de fondo, respectivamente (fl. 216); en extenso y detallado alegato, el apoderado judicial de los actores solicitó se profiriera sentencia acogiendo las súplicas de la demanda por estar reunidos los supuestos axiológicos que comprometen la responsabilidad de la administración por la falla o falta del servicio que ocasionó el fatal accidente de tránsito de que dan cuenta las diligencias.

Según el mismo apoderado "... se demostró la circunstancia clara que el accidente de tránsito en donde perdiera la vida el señor DOLCEY DE JESUS CAMPO SUAREZ y resultaran lesionados gravemente BLASINA DOLORES RAMIREZ FUENTES y ALEXANDER CAMPO BOLAÑOS, que se debió a la extrema imprudencia del conductor del vehículo oficial al dejarlo estacionado en la vía de circulación de los carros, sino lo más grave estacionado a esas horas `por la oscuridad reinante y agravada por el color del vehículo' sin señales de ninguna clase para alertar a los otros conductores de que allí se encontraba estacionado un vehículo y así prevenir el desenlace trágico que en el presente caso se produjo.

"El accidente esta plenamente probado por medio del croquis realizado por la Policía Vial, en donde se establece que el vehículo oficial estaba en la vía donde circulan carros. Es importante tener en cuenta que en el sitio en donde se produjo el accidente había BERMA, sitio establecido por las normas de tránsito para parquear los vehículos que sufran daños en las carreteras y con ello evitar cualquier hecho fatal.

"Pero el conductor del vehículo oficial `REO DOBLE TROQUE' con siglas EJC 1048, y su tripulación de soldados no hicieron ni siquiera el mínimo esfuerzo de moverlo de la vía en donde había sufrido daños, sin que ni siquiera pusieron ramas con algún mechero para evitar el accidente.

"De lo anterior queda demostrado claramente que el accidente ocurrió cuando el vehículo conducido por el señor DOLCEY DE JESUS CAMPO SUAREZ se estrelló contra el camión Tipo Reo `Doble Troque' de propiedad del Ejército Nacional que se encontraba estacionado en el carril de circulación.

"Los testigos presenciales de los hechos así lo declaran sin que se presente contradicción, ni se encuentra ninguna prueba dentro del expediente que permita desvirtuar lo afirmado. Se probó que el accidente ocurrió entre las cuatro y media de la mañana (4:30 A.M.) hora en que la visibilidad es nula debido a la oscuridad reinante sin señales ninguna y también como es de público conocimiento el vehículo oficial es de color verde oscuro". (fls. 227 a 228).

Las pruebas obrantes en los autos, según él, ponen en evidencia que el servicio funcionó inadecuadamente constituyéndose en causa eficiente de la tragedia "La relación de causalidad entre la falla, el daño y los perjuicios es clara. El estacionamiento inadecuado del vehículo oficial fué la causa única de la tragedia" (fls. 217 a 236).

El apoderado de la entidad demandada pidió inhibirse para fallar de fondo o, en subsidio, denegar las pretensiones, pues en su criterio en esta acción de reparación directa se debe demostrar por lo menos la preexistencia, estado de presanidad y la posterior muerte o lesión causada a las víctimas por hechos imputables a una falla o falta del servicio. En el caso de quienes demandan la indemnización de perjuicios por la muerte de DOLCEIS DE JESUS CAMPO SUAREZ, advierte que está probada la muerte pero de una persona diferente, o sea de DOLCEY CAMPO SUAREZ; en cuanto a los dos lesionados, anota que no aparece establecida por los medios legales pertinentes su presanidad, las lesiones y sus secuelas físicas y de disminución de la capacidad productiva.

Afirma que las declaraciones contenidas en los folios 216 a 227, fueron recepcionadas irregularmente y que lo tiene dicho la jurisprudencia es innecesario declarar su nulidad, porque basta negarles valor probatorio; como las únicas que dan cuenta de forma totalmente parcializada de los hechos investigados al negarles mérito probatorio, se colige que no hubo falla de la administración en aquel accidente de tránsito "hecho infortunado que no tuvo otra causa que circunstancias constitutivas de culpa, predicable al señor DOLCEY CAMPO SUAREZ, ante la velocidad excesiva en la que hacía marchar el vehículo, sin tener la más mínima precaución, habiéndose salido incluso de la vía y por llevar pasajeros en el vehículo cuando este era de carga, asumiendo de hecho cualquier riesgo dichos pasajeros". Arguye que la parte actora no presentó prueba alguna que demostrase los perjuicios materiales reclamados. (fls. 251 a 263).

Los planteamientos y conclusiones hechos por el Ministerio Público ante el Tribunal coinciden en lo fundamental con la parte actora, por lo cual, es del criterio que las súplicas de la demanda deben ser despachadas favorablemente; de su concepto, se destacan los siguientes planteamientos finales:

"Esta probado también en el proceso que el vehículo del Ejército Nacional sufrió desperfectos mecánicos, en el sistema eléctrico concretamente, y que este hecho obligó a detener la marcha en plena carretera estacionándolo según lo dicho por el conductor al lado de la vía, y según los muchos testimonios recogidos sobre la carretera misma, hecho este que de todas formas fué la causa del fatal accidente.

"Analizando cuidadosamente la situación se ve que el carro varado es de los llamados doble troque o doble tracción - largos y anchos por su condición de vehículos pesados, por mucho que hubiese sido orillado en la vía siempre gran parte de él, quedaría sobre la misma, que coadyuvado por la oscuridad reinante en el lugar y sin señales luminosas de prevención como lo afirman los declarantes dio origen al accidente con el desenlace que ya se conoce.

"Consideramos que no se da la causal para eximir de responsabilidad a la Nación ya que este tipo de vehículos cuando sale en misión oficial debe transportar todos y cada uno de los elementos preventivos de seguridad, para indicar en caso de desperfecto el peligro que se avecina por su estacionamiento obligatorio en la vía, hecho este que no se dió y como lógica consecuencia se acredita la falla en el servicio que lógicamente ocasionó daños irreparables a los demandantes con ocasión en la muerte de DOLCEY DE JESUS CAMPO SUAREZ, y lesionados a los señores ALEXANDER CAMPO BOLAÑOS Y BLASINA RAMIREZ FUENTES, como dice la apoderada de los demandantes `Las pruebas obrantes en autos pusieron en evidencia que el servicio funcionó inadecuadamente y que ese mal funcionamiento fué la causa eficiente de la tragedia' sic.- `La relación de causalidad entre la falla y el daño o perjuicio es clara ...sic....-

3. El fallo apelado. El Tribunal adoptó las determinaciones que se transcribieron al principio de este fallo después de referirse en detalle a los antecedentes y de hacer un serio y detenido análisis de cada uno de los aspectos materia de la controversia.

Siguiendo la jurisprudencia de la Sala en procesos de esta naturaleza, el a-quo subsume el asunto en cuestión en el régimen de la responsabilidad estatal que se genera en la falla o falta de servicio, cuyos tres elementos constitutivos encuentra reunidos en el proceso.Respecto de la falla del servicio expresa:

"... de la probanza que obra en el proceso tenemos:

"- Que hubo una colisión de vehículos en la carretera Troncal del Caribe en la vía que conduce de Dibulla a Riohacha, el día 30 de noviembre de 1988. Que

los vehículos colisionados eran conducidos por el señor VICTOR JOSE MORENO PIMIENTA, Camión Reo doble troque No. 10-47 de carga, Ford 350 al servicio del Ejercito que para el día de los hechos, se encontraba en misión oficial conduciendo el vehículo, con la tarea de transportar personal de soldados de Mingueo al batallón Cartagena de Riohacha, tal como aparece a folio 104 y 133 del plenario.

"El conductor en el momento de los hechos, era empleado público con el grado de adjunto nombrado mediante la orden administrativa de personal No. 1.078 del 10 de octubre de 1986 en el cargo de D^3 Mec. No. 6 Cartagena - Riohacha (folio 159).

El vehículo particular de placas UBZ-179 venezolana, era conducido por el señor DOLCEY DE JESUS o DOLCEY JESUS OCAMPO SUAREZ, quien pereció en la ocurrencia de los hechos". (fls. 278 a 279).

Valora las declaraciones rendidas por los testigos presenciales AGATON ENRIQUE GOENAGA RAMIREZ y ALBERTO CAYETANO RODRIGUEZ R. lo mismo que el informe sobre los hechos rendido por el Comandante de la Policía Vial, y agrega "De lo expuesto podemos concluir que hubo falla del servicio, imputable al Ejército Nacional, al permitir que un vehículo a su servicio, saliera a la vía pública sin portar los dispositivos de prevención a que estaba obligado, así como el proceder incorrecto e imprudente del conductor del vehículo oficial del Ejército, quien sin tomar mediadas de seguridad estacionó el camión en la vía, contrariando elementales reglas de tránsito, con el agravante de no haber empleado las mediadas preventivas reglamentaria de aviso a los demás vehículos siendo horas de madrugada.

"Este hecho constituye una falla del servicio que ocasionó el daño irresponsable de la pérdida de una vida, quedando de esta manera establecidos dentro del presente proceso los elementos axiológicos exigidos por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad de la Nación.

"La falla del servicio, no pudo ser desvirtuada por la administración ya que el actuar administrativo fue imprudente y negligente, tal como quedó demostrado y que la muerte del señor DOLCEY JESUS o DOLCEY DE JESUS CAMPO SUAREZ, fue causada directamente por dicho accidente habiéndose probado entonces que el instrumento con el cual se causó la muerte pertenecía el día del accidente a la demandada, siendo suficiente para impútarsele una falla en el servicio". (fls. 286 a 287).

Este punto lo finaliza diciendo "Con la falla del servicio se produjo la muerte del señor DOLCEY DE JESUS CAMPO SUAREZ, circunstancia esta que se encuentra acreditada en el proceso, con el registro de defunción de la Notaría Unica de Riohacha, donde se constata su deceso, así como la causa del mismo (fl. 21)".

Concluye que el daño que dicen haber sufrido BLASINA RAMIREZ FUENTES y ALEXANDER DE JESUS CAMPO B. no se encuentra debidamente probado en cuanto a la lesión, la incapacidad, los gastos de clínica del Caribe de Barranquilla y del Hospital San Juan de Dios de Santa Marta, sin que el médico o médicos que los trataron hubiesen certificado sobre su estado, para poder el juzgador dilucidar con precisión el daño o perjuicio ocasionado". En tal virtud, deniega las súplicas de la demanda formuladas por los grupos familiares dos y tres.

En cuanto a la condena, encontró probada la legitimación en la causa para el primer grupo familiar y les reconoció los perjuicios morales en la cuantía que se dejó anotada. En cuanto a los perjuicios materiales, los otorgó la cónyuge sobreviviente e hijos menores del occiso; hizo la condena en abstracto, habida consideración a que no se estableció su supervivencia probable y por no existir certeza sobre el monto de los ingresos que obtenía de su trabajo como transportador. Las bases a las cuales habrá de ajustarse el trabajo liquidatorio, están señaladas entre los folios 292 a 294.

4. Los alegatos en el segundo grado. Inconforme, parcialmente, con el fallo que concluyó la primera instancia, la parte actora lo apeló y solicitó se reforme en los siguientes aspectos: En primer lugar, en el numeral 2o. de la parte resolutiva en el sentido de fijar como lo tiene establecido la Corporación en monto de los perjuicios morales para la viuda y los hijos del occiso con la suma de dinero equivalente a un mil (1.000) gramos de oro, en segundo término, que se ordene la liquidación de los perjuicios materiales por lucro cesante teniendo como base el ingreso promedio de la víctima que ascendía a $75.000.oo pesos mensuales; en tercer lugar, el apelante pretende que se revoque el numeral QUINTO de la parte resolutiva de la providencia en cuestión y que se acojan las súplicas planteadas en la demanda por los grupos familiares integrados por quienes en el accidente de tránsito sufrieron lesiones personales y sus parientes cercanos. Funda su recurso, en síntesis, en estos argumentos:

> "Esta condena es totalmente injurídica, pues la Jurisprudencia Administrativa, tanto en virtud de fallos del H. Consejo de Estado, como de distintos tribunales administrativos del País, enseña con reiteración que el perjuicio moral de cada hijo de la víctima y de la esposa que debe satisfacer con la suma equivalente a UN MIL (1.000) gramos de oro, conforme el precio de ese metal a la fecha de ejecutoria de la sentencia y según certificación del Banco de la República.
>
> "Es obvio que no existe razón alguna para que el H. Tribunal Administrativo de la Guajira, se exima o deje de aplicar esa Jurisprudencia -completamente vigente- en el caso de los hijos y la esposa de la víctima, en el presente proceso.
>
> "Tampoco puede permitirse ilustre Consejero, que la esposa e hijos de la víctima, en este proceso, sufran discriminación en materia de la reparación del perjuicio moral sufrido y también respecto del perjuicio patrimonial. Y serían discriminadas si, en violación de la Jurisprudencia, por su no aplicación, se les indemniza con un monto económico menor del que se viene dispensando a esposa e hijos de la víctima en muchísimos procesos, que, por lo demás, son de conocimiento cabal de los honorables Consejeros de Estado.

"La jurisprudencia aplicable es tan conocida que, por ello, dispensa toda ilustración. No obstante, y con el deseo de abundar, cito varias sentencias que prohijan esa Jurisprudencia:

"a.- Sentencia de fecha `Bogotá, D.E., Noviembre veintitrés (23) de Mil Novecientos Ochenta y Nueve (1989), Exp. #5675, Actor: Luis Erasmo Arroyave Cardona y otros, Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, demandada: Nación `Ministerio de Defensa Nacional'.

"b.- Sentencia de fecha tres (3) de Marzo de 1989. Actor: GUILLERMO PATIÑO, Consejero Ponente: Dr. Carlos Ramírez Arcila, Sección Tercera, CONSEJO DE ESTADO.

"c.- Sentencia de veintinueve (29) de septiembre de 1988, Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta. Actor: CLEMENTINA MARENTES DE RODRIGUEZ Exp. #3333.-

"d.- Sentencia de fecha Dieciseis (16) de febrero de 1989, Expediente # 5374, Actor: PEDRO CAMPOS R. Consejero Ponente: DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Sección Tercera Consejo de Estado". (fls. 307 y 308).

Párrafos más adelante, agrega:

"Las bases establecidas por el Tribunal para condenar son correctas, para deducir la responsabilidad de la administración, lo que se equivocó es el monto y en no condenar a los otros lesionados en dicho accidente de tránsito, señores BLASINA DOLORES RAMIREZ FUENTES y ALEXANDER CAMPO BOLAÑOS, tal como se solicitó en el libelo inicial de demanda y se probó en el período probatorio aportando declaraciones claras de testigos imparciales que informaban la gravísima lesión recibida por la señora BLASINA DOLORES RAMIREZ FUENTES. que sufrió: `Dx POLITRAUMATISMO MAS FRACTURA DE RODILLA DERECHA' lo cual en documento público aparece probado dentro del expediente. Y respecto del menor ALEXANDER CAMPO BOLAÑOS, aparece claramente las historias clínicas, en la cual informan que tuvieron que hacerle varias operaciones al joven ALEXANDER en la pierna para salvársela. Lo anterior H. Consejero, demuestra la gravedad de la herida recibida, demostrado el daño recibido por los señores BLASINA DOLORES RAMIREZ FUENTES y ALEXANDER CAMPO BOLAÑOS, deben ser indemnizados en la totalidad de los perjuicios, por la Nación `Ministerio de Defensa Nacional'." (fls. 309 a 310).

En el término de traslado de esta segunda instancia, el Ministerio Público guardó silencio. Las partes hicieron llegar los memoriales con anexos de los folios 319 a 325 y 326 a 370, en los que reiteran los planteamientos que fueron esgrimidos en el curso de la actuación.

LA SALA CONSIDERA

La Sala confirmará en lo fundamental el fallo objeto del recurso de apelación pues son correctos tanto el análisis como las conclusiones que tuvo en cuenta el Tribunal para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por el daño antijurídico configurado en la muerte violenta de DOLCEY DE JESUS CAMPO SUAREZ, así como para negar las pretensiones formuladas por ALEXANDER DE JESUS CAMPO, BLASINA DOLORES RAMIREZ y el resto de demandantes familiares suyos. Atinó igualmente el a-quo en la evaluación de los supuestos que dan derecho a los familiares del occiso a obtener la reparación de los perjuicios en su condición de cónyuge e hijos de orientaciones jurisprudenciales de la Corporación, los perjuicios morales se incrementarán hasta el límite usual en estos eventos y los perjuicios materiales por lucro cesante, se liquidarán en concreto tomando como base el salario mínimo legal vigente para cuando los sucesos.

La realidad recogida a través de los diversos medios de convicción allegados a los autos coincide en lo esencial con la situación fáctica descrita en el libelo inicial y permite deducir que están reunidos los elementos integradores de la responsabilidad estatal por la falla o falta de servicio en que incurrió el Ejército Nacional generante del daño.

Sobra recabar ahora sobre los pormenores y detalles que rodearon el accidente, los que fueron amplia y suficientemente estudiados por el a-quo al apreciar los testimonios rendidos por AGUSTIN ENRIQUE GOENAGA RAMIREZ y ALBERTO CAYETANO RODRIGUEZ, lo mismo que la planilla del accidente elaborado por la Policía Vial.

Está acreditado que el vehículo automotor, instrumento con causal de los acontecimientos y su conductor estaban vinculados al servicio y se encontraban cumpliendo una misión oficial, concretamente, transportando al suboficial y soldados a su mando de la población de Mingueo a la ciudad de Riohacha, en el Departamento de la Guajira.

Como conclusión del análisis probatorio se puede afirmar, sin lugar a duda, que hubo irregularidad en la conducta oficial sin el equipo de auxilio vial que exigen los reglamentos del tránsito, como por la conducta a todas luces imprudente o negligente del conductor oficial, el suboficial y los 22 soldados a su mando. Ocurrida la falla o avería del sistema eléctrico, debieron empujar el camión a la berma; de no ser posible, evento que no estableció técnicamente y ante la carencia del equipo apropiado para atender y resolver la emergencia, era su deber, y no lo observaron, colocar cualquier otra señal indicativa del riesgo creado, como mecheros y ramas, para evitar se produjera un accidente de las proporciones y con las consecuencias del que se presentó.

La causa eficiente y determinante del siniestro se deriva exclusivamente de las circunstancias de extrema peligrosidad del estacionamiento del automotor oficial. El

particular venía por el carril que le correspondía y, sin poderlo eludir se estrelló contra el vehículo oficial verde oscuro que en plena noche y si señal o aviso de peligro alguno ocupaba el mismo carril de la vía. La violación comprobada de elementales normas de tránsito a las que en concreto se refirió el Tribunal constituye falta del servicio que compromete la responsabilidad patrimonial de la demandada por el daño producido, la pérdida de una vida humana.

La misma conclusión se deduce de las diligencias preliminares de la investigación penal iniciada a raíz de aquel trágico acontecimiento, como puede observarse en el concepto que rindió la Policía Técnica Judicial de la Dirección de Instrucción Criminal, que en lo pertinente expresa:

> "Estando estas diligencias para recibir la Resolución que ordena la suspensión de la Indagatoria Preliminar, al tenor del Artículo 347 Bis del C. de P.P., el Suscrito Asesor Seccional de Policía Judicial advierte que en la presente investigación es fácil individualizar e identificar a su autor quien a título de culpa produjo el fatídico desencadenamiento fáctico con graves repercusiones jurídicas y por ende típicas: Homicidio y lesiones personales culposas donde resultaron damnificados Dolcey Campo Suárez (occiso) Blasina Ramírez y I ex (sic) Campos Bolaños (lesionados), toda vez que conforme lo ilustra Giuseppe Maggiore en su libro Derecho Penal, editorial Temis de Bogotá, Página 354 `En el homicidio culposo se requiere la acción (o la omisión) no el resultado (la muerte) que verifica por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de reglamentos, órdenes y normas'. En el caso planteado puede percatarse que la inobservancia de reglamentos, órdenes y normas más específicamente de tránsito fueron inobservadas por Victor Moreno Pimienta (conductor del vehículo de placas EJC 1048) ya que de lo aducido en su declaración folios 47 y 48 en ningún lado se lee que en su condición de un conductor responsable se hubiera provisto de señales luminosas y de otros elementos que exige para estos eventos la legislación de tránsito y transportes, como tampoco que sea muy acertada su explicación al expresar que el carro tenía seguridad 4 soldados adelante y 4 soldados atrás porque si bien estos gendarmes estaban atrás, como es que colisionó tan fuertemente el vehículo de la víctima y a ellos no les pasó absolutamente nada? Se observa pues sin mayor esfuerzo que Victor Moreno Pimienta no cumplió con observar lo reglamentado por las autoridades de Tránsito y en tal virtud debe tenérsele como autor de los hechos investigados". (fl. 35).

La responsabilidad de la administración en este caso también se hubiera podido manejar con aplicación de la jurisprudencia sobre el daño antijurídico derivado del ejercicio de actividades peligrosas como el manejo de los automotores oficiales, cuyos elementos esenciales se explican en detalle en la sentencia proferida por esta Sala el 24 de agosto de 1992 (expediente No. 6754, Actor: Henry Enrique Saltarín Monroy), de la que fue ponente el Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Al proceso no se allegó prueba alguna exculpativa de la responsabilidad de la administración, pues en el plenario nada indica que en el siniestro estuviera generado en fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la propia víctima. En el expediente no existe

concepto técnico de autoridad competente en el que se conceptúe que el accidente se produjo por fallas en el camión particular, o bien, por imprudencia, descuido o exceso de velocidad en su conducción.

Así pues, obró correctamente el fallador de primer grado al declarar la responsabilidad de la administración, más si se tiene en cuenta el alcance del artículo 90 de la Constitución Nacional, el Estado debe reparar los perjuicios antijurídicos causados a las víctimas quienes acreditaron su interés para obrar en el proceso con los certificados de registro civil de matrimonio y de nacimiento agregados a los autos.

Se mantendrá la decisión adoptada por el Tribunal en cuanto negó las pretensiones derivadas de las lesiones que se aduce recibieron en el accidente Alexander de Jesús Campo Bolaños y Blasina Dolores Ramírez, en razón a que no se probó el daño y la relación de causalidad con el choque de los automotores; tampoco se acreditó que se hubieran producido secuelas de ninguna especie y menos generado gastos para su tratamiento.

LA CONDENA

A. Los perjuicios morales.

Conforme a la jurisprudencia que aplica el Consejo de Estado a procesos de esta naturaleza, los perjuicios morales se presumen en la línea de parentesco de los padres,, los hijos, los cónyuges entre si y para los colaterales hasta el segundo grado. Observando la misma directriz seguida en los fallos que invoca el apelante, se estima que el daño antijurídico causado a una persona genera entre sus parientes más próximos, padres, hijos o el cónyuge, el máximo grado de dolor y aflicción.

Según estos lineamientos, prospera la petición del recurrente y en consecuencia las personas beneficiadas con la condena viuda e hijos del occiso, tienen derecho al monto de los perjuicios morales reclamados en la demanda, es decir, a la suma equivalente, en pesos colombianos, al precio nacional, de mil (1.000) gramos de oro fino, para cada uno de ellos. El precio de gramo oro, será el que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

B. Los perjuicios materiales.

La viuda e hijos menores del occiso tienen derecho a los perjuicios materiales reclamados, tanto por los testimonios recepcionados para probar ayuda económica, como porque tal ayuda se presume conforme al criterio que sobre el particular tiene establecido la Sala.

Por cuanto se ajustan a las orientaciones jurisprudenciales de la Corporación, para liquidar los perjuicios materiales se observarán los extremos y fórmulas señala-

dos por el a-quo, con la salvedad que aquí se hará en concreto, tomando en cuenta el salario mínimo legal vigente para el año de 1988, en el que se produjo la tragedia. En consecuencia:

1. La renta histórica es la correspondiente al salario mínimo legal fijado por el Decreto 0254 de 1987, de $25.637.40 pesos mensuales; de ella se descuenta un 25% que se presume la víctima destinaba para atender a su propia subsistencia.

El saldo de $19.228.04 se divide en dos partes iguales, una le corresponde a la viuda, de $9.614.20 y la otra a los hijos; ésta a su vez se divide en partes iguales para los cinco hijos, correspondiéndoles la suma de $1.922.84, a cada uno de ellos.

2. Los ingresos así obtenidos, se actualizarán mediante la fórmula:

$$V.P. = R.\,h\ \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice Inicial}},$$ en donde:

V.P. = Es el valor que se busca.

R. h. = La renta histórica en cada caso

Los índices = Los de precios al consumidor certificados por el DANE, en el cual el inicial será el de la fecha del accidente, de 97.87% e índice final, el de la fecha de este fallo, o sea 260.57.

Luego:

Renta actualizada del cónyuge:

9.614.20 X 2.662409318 = 25.596.94

Renta actualizada de los menores:

1.022.84 X 2.662409318 = 5.119.39.

3. Para calcular la indemnización de la viuda nacida el o. de mayo de 1940, se tendrá en cuenta el término de vida probable del occiso que era el mayor de los dos, por haber nacido el 27 de diciembre de 1937; como para cuando los sucesos contaba con 50 años de edad, su expectativa de vida era de 25.60 años, o de 307.2 meses.

Respecto de los menores, la condena se liquida hasta la fecha en que cumplan la mayoría de edad, así: JOSE GREGORIO, nacido el 22 de febrero de 1972 al 22 de febrero de 1990; YAILTHON ALFONSO, nacido el 10 de agosto de 1973 al 10 de

agosto de 1991; GLENYS ESTHER, nacida el 20 de octubre de 1975 al 20 de octubre de 1993; VIERIS YANETH, nacida el 6 de octubre de 1997 y; MAIRA ALEJANDRA, nacida el 12 de julio de 1984 hasta el 12 de julio del año 2.002.

Con la salvedad de los casos de JOSE GREGORIO Y YAILTHON ALFONSO para los cuales está causada, la indemnización comprende dos períodos: El primero vencido o consolidado, corre desde el 30 de noviembre de 1988 hasta la fecha de este fallo, 26 de noviembre de 1992, para un total de 47.87 meses; y el futuro o anticipado, se cuenta desde el 27 de noviembre de 1992, hasta en el caso de la viuda el fin de la vida probable de la víctima, o la mayoría de edad respecto de los hijos.

En consecuencia, descontado aquel tiempo inicial, el segundo período será: Para SHEILLA MARIA de 259.33 meses; para GLENYS ESTHER de 10.8 meses; para VIERIS TANETH de 58.33 meses y; para MAIRA ALEJANDRA de 115.47 meses.

4. Para estimar la indemnización debida, se aplicará la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + 0.004867)^n - 1}{0.004867} y$$

Para buscar la indemnización futura o anticipada, la fórmula será así:

$$S = Ra \frac{(1 + 0.004867)^n - 1}{(0.004867\ (1 + 0.004867)^n}, \text{ en donde:}$$

S = Será la suma o indemnización buscada.

Ra = La renta actualizada.

n = El número de meses que se liquidan.

i = El interés técnico o puro del 6% anual o del 0.4867% mensual; como se trabaja con 1, ese interés queda como 0.004867 mensual.

Indemnización de SHEILLA MARIA:

a. Vencida o consolidada:

$$S = 25.596.94 \frac{(1 + 0.004867)^{47.87} - 1}{0.004867}$$

S = 1.376.077.oo

b. Futura o anticipada:

$$S = 25.596.94 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{259.33} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{250.33}}$$

S = 3.766.122.oo

Indemnización de JOSE GREGORIO

Solo tiene derecho a la vencida o consolidada:

$$S = 5.119.39 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{14.73} - 1}{0.004867}$$

S = 77.981

Indemnización de YAILTHON ALFONSO

Solo tiene derecho a la vencida o consolidada:

$$S = 5.119.39 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{32.33} - 1}{0.004867}$$

S = 178.772.oo

Indemnización de GLENIS ESTHER

a. Vencida o consolidada:

$$S = 5.119.39 \frac{(1 + 0.004867)^{47.87} - 1}{0.004867} -$$

S = 275.216.oo

b. Futura o anticipada:

$$S = 5.119.39 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{10.8} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{10.8}}$$

S = 53.734.oo

Indemnización de VIERIS YANETH

A. Vencida o consolidada:

$$S = 5.119.39 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{47.87} - 1}{0.004867}$$

S = 275.216.oo

b. Futura o anticipada:

$$S = 5.119.39 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{58.33} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{58.33}}$$

S = 259.423.oo

Indemnización de MAIRA ALEJANDRA

a. Vencida o consolidada:

$$S = 5.119.39 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{47.87} - 1}{0.004867}$$

S = 275.216.oo

b. Futura o anticipada:

$$S = 5.119.39 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{115.47} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{115.47}}$$

S = 451.405.oo

Sumadas las indemnizaciones debidas y futuras, la liquidación por perjuicios materiales quedará así:

Para SHEILLA MARIA ALTAMAR	$5.142.199.oo
Para JOSE GREGORIO CAMPO	$ 77.981.oo

Para YAILTHON ALFONSO CAMPO	$ 178.772.oo
Para GLENYS ESTHER CAMPO	$ 328.950.oo
Para VIERIS YANETH CAMPO	$ 534.639.oo
Para MAIRA ALEJANDRA CAMPO	$ 726.621.oo

Las cantidades liquidadas por perjuicios morales y materiales devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de este término.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMANSE los ordinales 1o. y 4o. a 6o. de la sentencia apelada. dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, el 16 de octubre de 1991.

SEGUNDO: MODIFICANSE los ordinales 2o. y 3o. del mismo fallo, los cuales quedarán así:

2o.- Como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal PRIMERO, condénase a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios morales: a SHEILLA MARIA ALTAMAR DE CAMPO, JOSE GREGORIO CAMPO ALTAMAR, MARIA TERESA CAMPO ALTAMAR, FABIO MISAEL CAMPO ALTAMAR, DOLCEY DE JESUS CAMPO ALTAMAR, JULIAN EUGENIA CAMPO ALTAMAR, MILENA DE JESUS CAMPO ALTAMAR, GLENYS ESTHER CAMPO CASTRO, MAIRA ALEJANDRA CAMPO CASTRO, YAILTHON ALFONSO CAMPO CASTRO y VIERIS YANETH CAMPO CASTRO, la suma equivalente, en pesos colombianos, a MIL (1.000) gramos de oro fino, a cada uno de ellos.

El precio del gramo de oro para el pago de la condena por perjuicios morales, será el interno para la fecha de ejecutoria de este fallo, que certificará el Banco de la República, documento que se deberá acompañar a la respectiva cuenta de cobro.

TERCERO: Igualmente condénase a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO NACIONAL, a pagar por concepto de perjuicios materiales: A

SHEILLA MARIA ALTAMAR DE CAMPO, la suma de CINCO MILLONES CUARENTA Y DOS MIL CIENTO NOVENTA Y NUEVE PESOS ($5.142.199.oo) MONEDA CORRIENTE; a JOSE GREGORIO CAMPO ALTAMAR, o a quien sus derechos represente, la suma de SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS ($77.981.oo) MONEDA CORRIENTE; a YAILTHON ALFONSO CAMPO CASTRO, o a quien sus intereses represente, la suma de CIENTO SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS ($178.722.oo) MONEDA CORRIENTE; a GLENYS ESTHER CAMPO CASTRO, o a quien sus intereses represente, la suma de TRESCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS ($328.950.oo) MONEDA CORRIENTE; a VIERIS YANETH CAMPO CASTRO, o a quien sus intereses represente, la suma de QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS ($534.639.oo) MONEDA CORRIENTE; y a MAIRA ALEJANDRA CAMPO CASTRO, o a quien sus intereses represente, la suma de SETECIENTOS VEINTISEIS MIL SEISCIENTOS VEINTIUN PESOS ($726.621.oo) MONEDA CORRIENTE.

CUARTO: Las sumas así liquidadas por perjuicios morales y materiales, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de este término.

QUINTO: Dese cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirá copia de la sentencia con constancia de su ejecutoria, con destino al Ministerio de Defensa y a la parte actora (art. 115 del C. de P.C.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

NULIDAD PROCESAL-Causales/TRAMITE INADECUADO

La nulidad se predica de la actuación procesal, en todo o en parte, mas no de las providencias judiciales. La causal "trámite inadecuado" como motivo de nulidad, bien se sabe que se da cuando a un determinado proceso se le imprime una secuencia totalmente distinta a la que legalmente corresponde. Así, cuando la ley manda que se sustancie una actuación conforme al procedimiento ordinario y equivocadamente se le ha imprimido el de uno especial. Cualquiera otra anomalía, de menor raigambre, no puede ser considerada bajo este rubro de nulidad y, se entenderá saneado o convalidada, si no se hiciera uso de los recursos que conforme a la ley sean procedentes..

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

REF.: expedienete Nº 7857 Actor: Rafael Manjarres Romero Demandado: Servicios de Salud del Atlántico.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría Delegada ante el Tribunal Administrativo del Atlántico contra el auto de 29 de julio de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante el cual dispuso: "No se decreta la nulidad del auto expedido el 7 de abril de 1992, por el cual se ordenó devolver el proceso al Despacho del señor Fiscal del Tribunal (hoy Procurador Judicial ante el Tribunal) a fin de que ante dicho despacho se adelante el procedimiento conciliatorio previsto en la ley 23 de 1991, tal como se dispuso en el proveído admisorio de la demanda proferido el 19 de noviembre de 1991".

Por auto del 4 de septiembre de 1991, que no fue objeto del recurso por parte de la Agencia Fiscal acreditada ante el Tribunal Administrativo de Atlántico, entre otras disposiciones se ordenó remitir el expediente ante el Ministerio Público para que cumpliera con su deber legal previsto en los artículos 59 a 65 de la ley 23 de 1991, vigente y de obligatorio cumplimiento para entonces.

La Fiscalía del Tribunal, el 26 de febrero de 1992, según aparece a folios 26 y 27, dice "resolver" lo siguiente:

> "1º.- Abstenerse de tramitar en conciliación el presente proceso judicial Nº 6330.
>
> "2º.- Devolver el correspondiente expediente a la Secretaria del H. Tribunal Administrativo del Atlántico para que se prosiga con el procedimiento pertinente", y, imperativamente, termina con la expresión CUMPLASE.

El Tribunal, frente ante exótico proceder de la Agencia Fiscal, por auto de abril 7 de 1992 (fols. 29 a 32), dispuso devolver el proceso al señor "Fiscal Unico del Tribunal, para que se de curso al procedimiento de conciliación ordenado en el auto admisorio de la demanda expedido el 19 de noviembre de 1991, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Extrañamente el funcionario del Ministerio Público, antes que colaborar con la buena administración de justicia propuso nulidad contra el proveído de 7 de abril de 1992, en lo atinente al trámite de la conciliación imperativamente establecida por los artículos 59 a 65 de la Ley 23 de 1991, so pretexto de un supuesto trámite inadecuado por cuanto la normatividad aplicable, según dicha Agencia Fiscal, era el artículo 6º del Decreto 2651 de 1991 que prevé la conciliación ante el Juez Administrativo en los casos allí previstos.

El Tribunal, inexplicablemente, por auto de 25 de mayo del año que corre (fol. 38) corrió traslado de la solicitud de nulidad, cuando debió rechazarse *in limine* por improcedente, como adelante se verá.

Mediante auto de 29 de julio de 1992, objeto de apelación, se negó la nulidad pretendida por la Fiscalía, del auto de 7 de abril de 1992, por considerar que no se presenta el trámite inadecuado alegado por la Fiscalía, dado que por haberse proferido y notificado el auto que ordenó el trámite previsto en los artículos 59 a 65 bajo el imperio de la ley 23 de 1991, no es del caso darle aplicación al Decreto 2651 de 1991.

La Sala confirmará la decisión materia del recurso de apelación, más no por las razones dadas por el a-quo, sino por las siguientes:

1º.- La nulidad como fenómeno procesal que es, es un remedio para declarar ineficaz toda o parte de una **actuación procedimental**, en virtud de que se presenta

una o varias de las causales taxativamente señaladas como tales por los Códigos de Procedimiento. En el procedimiento Contencioso Administrativo **solamente** son procedentes los motivos de anulación previstos en el artículo 140 del C. de P.C.

2º.- Con respecto a providencias judiciales, consideradas aisladamente, no es procedente el remedio de la nulidad, desde luego que para controvertirlas existen otros mecanismos, concretamente los recursos. En otros términos la nulidad se predica de la **actuación** procesal, en todo en parte, más no de las providencias judiciales.

3º.- En el caso que ocupa la Sala, lamentablemente, antes de colaborar con la buena marcha de la justicia, la actuación de la Fiscalía o, mejor del señor Delegado del Procurador General de la Nación ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, lo que ha impedido es el acceso del peticionante al servicio público de justicia, puesto que so pretexto de una interpretación sobre algunos textos legales ha frustrado el trámite de un proceso que apenas comienza con el auto admisorio, el cual ni siquiera se ha podido notificar a la parte demandada.

4º.- La causal "trámite inadecuado" como motivo de nulidad, bien se sabe que se da cuando a un determinado proceso se le imprime una secuencia **totalmente** distinta a la que legalmente corresponde. Así, cuando la ley manda que se sustancie una actuación conforme al procedimiento ordinario y equivocadamente se la ha imprimido el de uno especial. Cualquiera otra anomalía, de menor raigambre,, no puede ser considerada bajo este rubro de nulidad y, se entenderá saneada o convalidada, si no se hiciere uso de los recursos que conforme a la ley sean procedentes (parte final del artículo 140 del C. de P.C.).

5º.- El a-quo superficialmente enfrentó la solicitud de nulidad impetrada por la Fiscalía, puesto que debió rechazarla in limine para que se surtiera el intento de conciliación, so pena de que la Fiscalía incumpliera sus deberes de orden legal, puesto que dicha propuesta de nulidad resultaba a todas luces improcedente. Si el Tribunal hubiere rechazado el exótico pedimento del señor Fiscal, buen provecho le hubiera reportado al demandante y con ello a la buena imagen de la administración de justicia. Las consideraciones del a-quo en cuanto se refiere a la aplicación del artículo 40 de la ley 153 de 1887, para aplicar la ley 23 de 1991 a los casos ordenados y notificados antes de la vigencia del Decreto 2651 de 1991 (enero 10 de 1992) son acertadas y por lo mismo, deberá hacer cumplir su determinación de enviar el expediente a la Fiscalía para que se intente la conciliación ordenada con el auto admisorio.

Por lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de 29 de julio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo; Juan de Dios Montes Hernández; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

CULPA PERSONAL DEL AGENTE-Inexistencia

De lo probado no resulta fácil deslindar la culpa personal del agente de la imputada o la administración, máxime cuando el hecho se cometió con el arma de dotación oficial. Tal como lo ha dicho la jurisprudencia, con el apoyo en la doctrina,el funcionario no deja de serlo porque esté en franquicia o en horas de descanso. No, él representa siempre a la entidad y su conducta privada no pude ser diferente a la que cumple en los horarios requeridos. Para hablar de falta personal del agente habrá que probar que el hecho no tuvo ninguna vinculación con el servicio, ni funcional, ni instrumental.

Consejo de Estado.-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera.

Santafé de Bogotá D.C. Noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Ref. Expediente No. 7123.-Indemnizaciones Actor: NELLY MARIA FUENTES DE MASSO

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 16 de octubre de 1991 dictada por el tribunal administrativo de Boyacá, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: DECLARASE A LA NACION -DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -DAS-, responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los señores: NELLY MARIA FUENTES DE MASSO, JUAN CARLOS Y JOHANNY MASSO FUENTES, con la muerte del señor JUAN BAUTISTA MASSO CARVAJAL, ocurrida el cuatro (4) de noviembre de 1985 en el Municipio de Paz de Ariporo (Casanare).

"SEGUNDO: Declárase a la Nación Colombiana-Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, responsable de los perjuicios morales causados a PEDRO ADAN MASSO OQUENDO, FLOR ELISA CARVAJAL DE MASSO, HERIBERTO DE JESUS Y GLORIA AMPARO MASSO CARVAJAL, con la muerte del señor JUAN BAUTISTA MASSO CARVAJAL ocurrida en las circunstancias consignadas en la parte motiva de esta providencia.

"TERCERO: Como consecuencia de lo anterior condénase a la Nación Colombiana, Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a pagar a NELLY FUENTES MONTOYA DE MASSO, a JUAN CARLOS y a JOHANNY MASSO FUENTES, por concepto de perjuicios de orden material (lucro cesante) la suma de OCHOCIENTOS PESOS ($800.oo) DIARIOS, liquidados y distribuídos en la forma como se indica en la parte motiva de esta providencia.

"CUARTO: Condénase a la Nación Colombiana -Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, a pagar a NELLY MARIA FUENTES MASSO, a JUAN CARLOS y a JOHANNY HEILAR MASSO FUENTES UN MIL GRAMOS DE ORO FINO, a cada uno por concepto de indemnización por perjuicios morales causados por la muerte de su esposo y padre JUAN BAUTISTA MASSO CARVAJAL".

"QUINTO: Condénase a la Nación Colombiana -Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a pagar a cada una de las siguientes personas las cantidades de gramos de oro fino como sigue: a PEDRO ADAN MASSO OQUENDO y a FLOR ELISA CARVAJAL DE MASSO, UN MIL GRAMOS DE ORO FINO Y A HERIBERTO DE JESUS Y GLORIA AMPARO MASSO CARVAJAL DOSCIENTOS CINCUENTA GRAMOS - del mismo metal, por concepto de daños de orden moral.

"SEXTO: Las condenas anteriores se actualizarán conforme lo manda el artículo 177 del C.C.A. y dentro del término señalado por el artículo 176 del mismo Código.

"SEPTIMO: Inhíbese de fallar sobre las pretensiones relacionadas con CARLOS ALBERTO Y PEDRO ARNULFO MASSO CARVAJAL.

"OCTAVO: En caso de no ser apelada esta providencia por la Administración, CONSULTESE con el Superior".

En la demanda presentada el 31 de octubre de 1987 por la señora Nelly María Fuentes de Masso y otros se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el señor Juan Bautista Masso C. fué muerto por el agente del Das, José Ever Tobar, el 4 de noviembre de 1985 en Paz de Ariporo (hoy Departamento de Casanare), con el arma de dotación oficial identificada con los #s. D826252 (base) y 12658 (interno) modelo 10-5.

2) Que el señor Masso C. era hijo legítimo de Pedro Adan Masso y Flor Elisa Carvajal; estaba casado con la señora Nelly María Fuentes, de cuya unión nacieron Juan Carlos y Johanny Heilar Masso F; y era hermano de Heriberto de Jesús y Gloria Amparo.

3) Que al momento de su muerte desarrollaba labores independientes relacionadas con la ganadería que le permitían un ingreso de $800.oo diarios, con los cuales sostenía a su cónyuge e hijos.

4) Que el señor Masso C. mantenía estrechos lazos de afecto y solidaridad con sus padres y hermanos.

El tribunal luego de cumplir el procedimiento propio de la instancia, decidió en la forma indicada atrás. Para el efecto aplicó el régimen de la responsabilidad presunta y estimó que se habían probado los antecedentes requeridos para su procedencia. Así, halló probados el daño y la relación causal.

Inconforme la parte actora con lo así decidido, apeló y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 129 y siguientes del cuaderno principal. Allí concreta su inconformidad a los siguientes puntos: a) porque la condena por perjuicios morales a favor de los hermanos fue baja y en desacuerdo con la jurisprudencia de la corporación que ha venido fijando 500 gramos oro para cada uno; b) porque la condena al pago de los perjuicios materiales debió hacerse en concreto y no en abstracto; y c) porque la sentencia no aplicó la falla presunta ni analizó con mayor énfasis las pruebas que demuestran el uso de un arma de dotación oficial.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

En esta oportunidad intervino el ente demandado y guardó silencio el ministerio público. Para aquél su responsabilidad no resultó comprometida, porque todo se debió a la falla personal del agente. Refuerza su argumentación con cita del profesor Laferriere.

Para la sala la sentencia merece acatamiento, en especial en lo que toca con el análisis de la falla del servicio. El estudio hecho es suficiente, dada la claridad de los supuestos probados: la autoría material del agente José Ever Tovar Guzmán apareció bien acreditada; como resultó asimismo bien probado que el crimen se cometió con el arma de dotación oficial, puesta en sus manos para la prestación del servicio de protección a la vida, honra y bienes de los asociados.

En las circunstancias probadas no resulta fácil deslindar la culpa personal del agente de la imputada a la administración, máxime cuando el hecho se cometió con el arma de dotación oficial. Tal como lo ha dicho la jurisprudencia, con el apoyo de la doctrina, el funcionario no deja de serlo porque esté en franquicia o en horas de descanso. No, él representa siempre a la entidad y su conducta privada no puede ser diferente a la que cumple en los horarios requeridos.

No puede olvidarse que en los eventos conocidos como de falla del servicio del funcionario por la actuación dolosa o culposa de éste, esta actuación normalmente debe subsumirse en dos régimen jurídicos diferentes: la personal desde la perspectiva de la normatividad penal, para definir si se configura un delito y la administrativa, como manifestación de una conducta estatal, desde la perspectiva del servicio público, para definir si ese comportamiento del funcionario mostró un funcionamiento irregular de ese servicio, con efectos perjudiciales para un tercero. Doble normatividad que ni siquiera comporta prejudicialidad.

De allí para hablar de falta personal del agente habrá que probar que el hecho no tuvo ninguna vinculación con el servicio, ni funcional ni instrumental. Vale decir, que para el caso nada tuvo que ver el servicio. Y aquí se pregunta la sala: Podrá hablarse de ese deslinde cuando el agente José Ever Tovar dió muerte a Juan Bautista Masso C. con el arma de dotación suministrada por el Estado para menesteres de protección y no de destrucción? Podrá hablarse de ese deslinde cuando el agente estuvo dedicado a ingerir bebidas alcohólicas portando esa arma de dotación? Podrá hablarse de ese delinde cuando sin razón valedera alguna se utiliza esa arma contra un ciudadano inerme, compañero en ese momento de tragos?

Además, ante la presunción de responsabilidad que se aplica en estos casos y la no demostración de causal de exculpación (fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho exclusivo determinante de tercero) no queda otra salida que confirmar la responsabilidad declarada por el a-quo.

Los perjuicios

El tribunal condenó tanto al pago de perjuicios morales como materiales. Por el primer concepto impuso la condena equivalente a 1.000 gramos oro para su cónyuge supérstite y los hijos del señor Masso Carvajal. Impuso, además, por el mismo concepto la equivalencia de 1.000 gramos oro para las siguientes personas: Pedro Adán Masso Oquendo y Flor Elisa Carvajal de Masso, padres de Juan Bautista, y de a 250 gramos oro para los hermanos Heriberto de Jesús y Gloria Masso C.

La condena impuesta a favor de los hermanos deberá mantenerse. La fijación que se ha hecho de 500 gramos oro no es una regla absoluta. El juzgador, a su prudente arbitrio, podrá aceptarla o disminuirla y para el efecto podrá tener en cuenta las circunstancias que rodearon esa relación fraternal.

La condena por perjuicios materiales deberá modificarse para hacerla en concreto y no en abstracto, pero con base en el salario mínimo de la época (noviembre de 1985) y no con un ingreso diario de $800.oo, aceptado por el tribunal pero huérfano de toda prueba.

La condena por este concepto deberá cobijar a la señora Nelly Fuentes Montoya de Masso, cónyuge supérstite y a sus hijos menores Juan Carlos y Johanny Heilar Masso F. hasta que cumplan la mayor edad. Deberá tenerse en cuenta la vida probable del señor Juan Bautista Masso. C.

La liquidación quedará así:

Perjuicios Materiales:

Salario Mínimo: $13.557.60 (Decreto 01/85)

Indices : Noviembre /85 = 51.89; Septiembre /92 = 258.38

R= 13.557.60 - 25% = 10.168.20

$$Ra = 10.168,20 \times \frac{258.38}{51.89} = 10.168.20 \times 4.979379456 =$$

Ra= $50.631.33

n= Nov.4/85 a Nov.4/92 = 7 años = 84 meses

i = 0.004867

1.- **Indemnización Debida:**

a) Para Nelly María Fuentes de Masso:

Ra= 50% de $50.631.33 = $25.315.67

n = 84 meses; i = 0.004867

$$S= \frac{25.315.67\ (\ 1.004867\ )^{84} - 1}{0.004867}$$

$$S= 25.315.67 \times \frac{0.5035611}{0.004867}$$

S= 25.315.67 x 103,4643723 = 2'619.269.91

S= $2'619.269.91

b) Para Juan Carlos Masso Fuentes:

Ra= 50% de $25.315.67 = $12.657.84

No puede olvidarse que en los eventos conocidos como de falla del servicio del funcionario por la actuación dolosa o culposa de éste, esta actuación normalmente debe subsumirse en dos régimen jurídicos diferentes: la personal desde la perspectiva de la normatividad penal, para definir si se configura un delito y la administrativa, como manifestación de una conducta estatal, desde la perspectiva del servicio público, para definir si ese comportamiento del funcionario mostró un funcionamiento irregular de ese servicio, con efectos perjudiciales para un tercero. Doble normatividad que ni siquiera comporta prejudicialidad.

De allí para hablar de falta personal del agente habrá que probar que el hecho no tuvo ninguna vinculación con el servicio, ni funcional ni instrumental. Vale decir, que para el caso nada tuvo que ver el servicio. Y aquí se pregunta la sala: Podrá hablarse de ese deslinde cuando el agente José Ever Tovar dió muerte a Juan Bautista Masso C. con el arma de dotación suministrada por el Estado para menesteres de protección y no de destrucción? Podrá hablarse de ese deslinde cuando el agente estuvo dedicado a ingerir bebidas alcohólicas portando esa arma de dotación? Podrá hablarse de ese delinde cuando sin razón valedera alguna se utiliza esa arma contra un ciudadano inerme, compañero en ese momento de tragos?

Además, ante la presunción de responsabilidad que se aplica en estos casos y la no demostración de causal de exculpación (fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho exclusivo determinante de tercero) no queda otra salida que confirmar la responsabilidad declarada por el a-quo.

Los perjuicios

El tribunal condenó tanto al pago de perjuicios morales como materiales. Por el primer concepto impuso la condena equivalente a 1.000 gramos oro para su cónyuge supérstite y los hijos del señor Masso Carvajal. Impuso, además, por el mismo concepto la equivalencia de 1.000 gramos oro para las siguientes personas: Pedro Adán Masso Oquendo y Flor Elisa Carvajal de Masso, padres de Juan Bautista, y de a 250 gramos oro para los hermanos Heriberto de Jesús y Gloria Masso C.

La condena impuesta a favor de los hermanos deberá mantenerse. La fijación que se ha hecho de 500 gramos oro no es una regla absoluta. El juzgador, a su prudente arbitrio, podrá aceptarla o disminuirla y para el efecto podrá tener en cuenta las circunstancias que rodearon esa relación fraternal.

La condena por perjuicios materiales deberá modificarse para hacerla en concreto y no en abstracto, pero con base en el salario mínimo de la época (noviembre de 1985) y no con un ingreso diario de $800.oo, aceptado por el tribunal pero huérfano de toda prueba.

La condena por este concepto deberá cobijar a la señora Nelly Fuentes Montoya de Masso, cónyuge supérstite y a sus hijos menores Juan Carlos y Johanny Heilar Masso F. hasta que cumplan la mayor edad. Deberá tenerse en cuenta la vida probable del señor Juan Bautista Masso. C.

La liquidación quedará así:

Perjuicios Materiales:

Salario Mínimo: $13.557.60 (Decreto 01/85)

Indices : Noviembre /85 = 51.89; Septiembre /92 = 258.38

R= 13.557.60 - 25% = 10.168.20

$$Ra = 10.168,20 \times \frac{258.38}{51.89} = 10.168.20 \times 4.979379456 =$$

Ra= $50.631.33

n= Nov.4/85 a Nov.4/92 = 7 años = 84 meses

i = 0.004867

1.- **Indemnización Debida:**

a) Para Nelly María Fuentes de Masso:

Ra= 50% de $50.631.33 = $25.315.67

n = 84 meses; i = 0.004867

$$S= \frac{25.315.67 \left(1.004867 \right)^{84} - 1}{0.004867}$$

$$S= 25.315.67 \times \frac{0.5035611}{0.004867}$$

S= 25.315.67 x 103,4643723 = 2'619.269.91

S= $2'619.269.91

b) Para Juan Carlos Masso Fuentes:

Ra= 50% de $25.315.67 = $12.657.84

n = 84 meses; i = 0.004867

$$S= \frac{12.657.84\ (\ 1.004867\ )^{84}-1}{0.004867}$$

$$S= 12.657.84\ x \frac{0.5035611}{0.004867} = 12.657.84\ x\ 103.4643723$$

S = $1'309.635.47

c) Para Johanny Heilar Masso Fuentes:

Igual suma a la de su hermano, es decir, S= $1'309.635.47

2.- **Indemnización Futura:**

a) Para Nelly María Fuentes de Masso:

Juan Bautista Masso C. (Víctima) nació: Julio 4 /53

Cuando murió contaba con: 32 años 4 meses

Vida probable: 41.73 años = 500.76 meses

n= 500.76 - 84 = 416.76

Ra= $25.315.67; i = 0.004867

$$S= \frac{25.315.67\ (1.004867)^{416.76}-1}{0.004867\ (1.004867)^{416.76}}$$

$$S= 25.315.67\ x \frac{6.5643834}{0.036815854}$$

S= 25.315.67 x 178.3031679

S= $4'513.864.16

b) Para Juan Carlos Masso Fuentes:

Nació: Diciembre 24/76 (fol. 11); Mayoridad: Dic. 24/94

n= Nov. 4/92 a Dic. 24/94= 2 años 1 mes 20 días

n= 25.67; Ra = $12.657.84; i = 0.004867

$$S= \frac{12.657.84\ (\ 1.004867\ )^{25.67}-1}{0.004867\ (1.004867\ )^{25.67}}$$

$$S= 12.657.84\ x \frac{0.1327325}{0.005513009}$$

S= 12.657.84 x 24.07623495

S= $304.753.13

c) Para Johanny Heilar Masso Fuentes:

Nació: Febrero 14/79 (fol. 12); Mayoridad: Febrero 14/97

n= Noviembre 4/92 a Febrero 14/97 = 4 años 3 meses 10 días

n= 51.33 meses, Ra= 12.657.84; i = 0.004867

$$S= \frac{12.657.84\ (\ 1.004867\ )^{51.33}-1}{0.004867\ (\ 1.004867\ )^{51.33}}$$

$$S = 12.657.84\ x\ \frac{0.2830206}{0.0062444612}$$

S= 12.657.84 x 45.32346346

S= $573.697.15

RESUMEN

1.- Para Nelly María Fuentes de Masso:

a) Indemnización Debida $2'619.269.91

b) Indemnización Futura	$4'513.864.16	$7'133.134.07
2.- Para Juan Carlos Masso Fuentes:		
a) Indemnización Debida	$1'309.635.47	
b) Indemnización Futura	304.753.13	$1'614.388.60
3.- Para Johanny Heilar Masso Fuentes:		
a) Indemnización Debida	$1'309.635.47	
b) Indemnización Futura	$ 573.697.15	$1'883.332.62
Total Perjuicios Materiales		$10'630.855.29

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

1) Confírmase la sentencia de 16 de octubre de 1991, en sus ordinales 1o, 2oo, 4o, 5o, 6o y 7o.

2) Modifícase su ordinal 3o, el cual quedará así:

Condénase igualmente a la mencionada entidad a pagar por concepto de perjuicios materiales las siguientes sumas: a la señora NELLY MARIA FUENTES MONTOYA DE MASSO, SIETE MILLONES CIENTO TREINTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO PESOS CON SIETE CENTAVOS ($7'133.134.07), a JUAN CARLOS MASSO FUENTES UN MILLON SEISCIENTOS CATORCE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($1'614.388.60); y a JOHANNY HEILAR MASSO FUENTES UN MILLON OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS ($1'883.332.62)

Expídanse las copias para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 26 de noviembre de 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Arma Oficial/ CONCURRENCIA DE CULPAS

Se demostró que el agente agresor llegó al establecimiento uniformado y conduciendo un camión de propiedad de la Policía Nacional que todos estuvieron compartiendo unos tragos, cuando, en estado de embriaguez, el occiso y el inculpado discutieron acaloradamente, sacaron sus armas y se dispararon entre sí. Por cuanto no se estableció quién agredió a quién, y cuál de ellos se defendió, se deduce que el insuceso no solo se produjo por culpa del agente agresor,sino también por culpa de la víctima. Cuando el hecho dañoso se produce por culpa compartida de ambas partes no excluye de responsabilidad a la administración; esta responsabilidad es proporcional al daño causado. El inculpado se encontraba al servicio de la Policía, aunque en el momento que se produjeron los hechos, no desempeñaba funciones propias del servicio; sin embargo se observa que conducía un automotor de propiedad de la entidad demandada, portaba su uniforme oficial, y se encontraba armado, lo cual permite deducir que el arma utilizada era de dotación oficial.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., tres de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

REF. PROCESO No. 6256 ACTOR: SUSANA CORREA DE MARTIN Y OTROS.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de Febrero de 1990, por la cual se negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 18 de Diciembre de 1985 SUSANA CORREA DE MARTIN, y sus hijos ALVARO, CARLOS, NELSON, JORGE OSWALDO Y ALEX ALBERTO MARTIN CORREA en ejercicio de la acción de reparación directa presentaron demanda en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional para que se le declarara responsable de los daños y perjuicios ocasionados con la muerte de su esposo y padre ALVARO MARTIN QUIROGA en hechos ocurridos el 27 de Diciembre de 1983 en la ciudad de Bogotá.

Como consecuencia de la declaración anterior, solicitaron que se condene a la entidad demandada a pagar perjuicios morales y materiales, más los correspondientes ajustes por concepto de actualización.

Los hechos de la demanda se sintetizan así:

El 27 de Diciembre de 1983 el Agente de la Policía Nacional, BERNARDO CARDONA ARIAS encontrándose en ejercicio de sus funciones y portando arma de dotación oficial, produjo en forma violenta la muerte de ALVARO MARTIN QUIROGA en la Calle 37 con Carrera 51 sur, de esta ciudad.

Dentro del término señalado por la ley, el mandatario judicial de la Policía Nacional solicitó la práctica de pruebas.

Precluida la etapa probatoria, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión, la apoderada de la parte demandante insistió en la legalidad de lo pedido, por cuanto se acreditaron todos los presupuestos para que se declarase la responsabilidad, en cambio la apoderada de la entidad demadada solicitó se despachen negativamente las súplicas de la demanda, habida cuenta que los hechos no se produjeron por causa u ocasión del servicio sino por culpa personal del Agente y de la víctima, lo cual en nada compromete la responsabilidad de la administración. El señor Fiscal del Tribunal estimó:

> ".... en este caso concreto, considera que puede considerarse que a pesar de que los hechos sucedieron por fuera del servicio, en ninguna forma puede predicarse que no tuvieran alguna relación con él, ya que se trató de un Agente de Policía que estaba uniformado y tenía un revolver de dotación oficial, o sea elementos propios del servicio, por lo cual aunque la presencia del Agente no se hizo allí como autoridad, sino como amigo de los contertulios del grupo cuya reunión terminó en tragedia, no se puede descartar, así no sea en grado eminente, la Responsabilidad del Estado".

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El *a-quo* para adoptar la decisión impugnada hizo estas reflexiones:

"No obstante lo reseñado, para la Sala no se encuentra probada la falla del servicio. En efecto, no aparece probado que el Agente de la Policía Nacional a quien se imputan los hechos se encontrára (sic) dentro del servicio ni en la actividad relacionada con el mismo. Tanto de la Sentencia Penal Condenatoria aportada al proceso, como de la prueba testimonial recaudada, se establece que el señor BERNARDO CARDONA ARIAS llegó al establecimiento donde ocurrieron los hechos, hacia las siete de la noche del 27 de diciembre de 1983 en un camión de la Policía Nacional y que se encontraba uniformado. Después de integrarse a un grupo de personas dentro del cual se encontrába (sic) ALVARO MARTIN QUIROGA, al calor del licor surgió una discusión entre los dos la que terminó prácticamente en desafío a batirse en duelo por cuanto ambos se encontraban armados. De este enfrentamiento resultó muerto MARTIN QUIROGA y herido CARDONA ARIAS. NO esta probado que el Agente de la Policía Nacional se encontrara en actividad relacionada con el servicio ni realizára (sic) operación u operativo vinculado al mismo. Es más, no se probó si los disparos de arma de fuego que ocasionaron la muerte a MARTIN QUIROGA fueron hechos con arma oficial".

"Para la Sala la certificación visible a folio 10 del expediente según la cual CARDONA ARIAS para el 27 de diciembre de 1983 como Agente de la Policía Nacional se hallaba "en ejercicio de sus funciones y atribuciones" por cuanto no le figuran ni suspensiones ni separaciones temporales, es prueba de su vinculación a la Policía Nacional, más no que se encontrara en actividad relacionada con el servicio. Por el contrario de toda la prueba recaudada se infiere que el Agente CARDONA ARIAS adscrito a la División de Transporte, después de dejar a su superior al finalizar la jornada laboral, se dirigió al establecimiento "El Ganadero" de la ciudad de Bogotá y que hallándose allí, se integró al grupo de personas dentro de las cuales se encontraba MARTIN QUIROGA quien a la postre resultó muerto".

"Para la Sala se presenta una conducta propia del Agente que en nada involucra al servicio. El hecho que después de terminada la jornada laboral el Agente de Policía uniformado se hubiére (sic) trasladado a un establecimiento a ingerir licro (sic), no compromete al servicio por cuanto en ese momento no se presenta actividad del mismo. Es un acto propio del funcionario para satisfacer su necesidad personal que escapa al servicio y en nada refiere a su funcionamiento normal".

"Si a lo anterior se agrega que no se probó que los disparos que causaron la muerte de MARTIN QUIROGA hubieran sido hechos con arma oficial, indudablemente debe concluirse que no se presenta la falla del servicio alegada, lo que necesariamente conduce a que la sentencia deniegue las súplicas de los actores".

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

"...."

"SEGUNDO: En este orden de ideas, colegimos que el uniformado está permanentemente en servicio activo y en cumplimiento de función pública, y por tanto, no le es dable al ciudadano inferir con absoluta certeza si está o no en TURNO.

"Baste afirmar que la identidad de la POLICIA NACIONAL esta (sic) en el porte de su *uniforme* y de sus implementos que le son accesorios. Para el caso sub-exámine, no cabe duda que el AGENTE VICTIMARIO actuó como miembro de la Institución mencionada y no como un ciudadano cualquiera, máxime que el establecimiento donde tuvieron ocurrencia los fatales hechos que culminaron con la vida de ALVARO MARTIN QUIROGA, concurrió con un vehículo incuestionable de la Institución Policial, amén de portar el arma homicida".

"Esta última circunstancia, nos confirma en forma meridiana que el AGENTE se presenta en el teatro de los acontecimientos en plenitud del SERVICIO.

"TERCERO: Las afirmaciones anteriores están corroboradas por la misma institución, cuando comunica al Juzgado 9o. Superior de Bogotá, que como consecuencia del proceso disciplinario administrativo seguido por los mismos contra el AGENTE CARDONA ARIAS, se le (sic) desvinculó de la POLICIA NACIONAL como miembro activo".

"Es decir, que dicha actuación administrativa se adelantó a fin de calificar el comportamiento del AGENTE en razón del cargo que desempeñó en la INSTITUCION como funcionario público; al fin y al cabo el Proceso Disciplinario corresponde a las conductas que le pueden ser imputadas al funcionario en razón de su investidura y no como ciudadano, de suerte que las conductas que están por fuera del servicio no pueden ser investigadas disciplinariamente.

"A este respecto, es claro el principio Constitucional desarrollado en el art. 20 en donde el funcionario público tiene una doble responsabilidad, la personal y la que se deriva del ejercicio de la función pública, y es en razón de esta última que fue separado de la institución".

"CUARTO: Constituyó un hecho plenamente probado, en el respectivo proceso penal, que el arma con la que se causó la muerte al señor MARTIN QUIROGA es de propiedad del ESTADO.

"En el documento público que hace parte del Proceso Penal, se patentiza de manera inequívoca tal circunstancia: "...Según datos tomados del Libro de

Población de la Guardia de la Clínica de la Policía folio 191, el revólver de dotación del sindicado, fué recogido por el Sargento II López García Rafael, de E-9..".

"Esta pieza procesal que se constituyó en base de toda la actuación posterior, no fué redargüida, controvertida ni menos aún desvirtuada, y fué plasmada debidamente en el acápite de RESULTADOS de la Sentencia Condenatoria proferida, como uno de los elementos probatorios recaudados en forma legal".

"En el curso de la investigación penal, el hecho cierto e indiscutible de que el arma homicida era de dotación oficial y por consiguiente de propiedad del Estado, fue la causa para que esta quedara desde un comienzo en custodia de su legítimo dueño, por intermedio de la entidad a la que se encontraba asignado el AGENTE CARDONA ARIAS, esto es, la Comandancia de la División de Transportes de la POLICIA NACIONAL, por ello el Instructor al decretar el experticio en balística manifiesta en auto de Enero 20 de 1984, que el arma puede ser retirada de dicha División".

"Esta verdad procesal, plenamente establecida, y que por ende para el Instructor y Fallador no merecía reparo alguno, sirvió de base para tomar decisiones de fondo tales, como el auto detentivo, el LLamamiento a Juicio, y la Sentencia Condenatoria, cuando en la primera de ellas se dice: ".. Es cierto, si analizamos cuidadosamente el haz probatorio recogido, nos damos cuenta que el sindicado BERNARDO CARDONA ARIAS, desde un comienzo fué imprudente al dedicarse a ingerir licor en un establecimiento público con el revolver de dotación, su uniforme de policía, y es más con el camión que se le había encomendado y que pertenece a la Policía Nacional y el mismo....".

"En consecuencia, esta providencia que califica el arma como de dotación oficial, se constituye en un acto procesal que se incorpora a la decisión final. y, por consiguiente bastaría trasladar la totalidad de la actuación penal, como prueba, en la forma como se decretó en su debida oportunidad, para que quedara probado hasta la saciedad que el nexo instrumental utilizado en la causación del daño era de propiedad del Estado".

"...."

"b) Sobre la relación de causalidad de dicho perjuicio con la utilización del arma de dotación oficial por el agresor: No existió causal de exoneración que tenga la virtud de escindir el nexo causal imputable a título de falla, a la Policía Nacional. En efecto, ni la fuerza mayor, ni el hecho de un tercero, aparecen configurados en el presente evento, habida consideración de que se conoce con certeza que el agente dela (sic) policía CARDONA ARIAS propinó el disparo, con arma de dotación, al padre y conyuge de mis mandantes".

En el término para la presentación de alegatos de conclusión en segunda instancia, la apoderada de la entidad demandada solicitó se confirmase la sentencia apelada, por cuanto estimó que no existe prueba de que el arma utilizada por el agente agresor fuese de dotación oficial, que los hechos ocurrieron fuera del servicio, es decir, que se configuró una falta personal y además que este se encontraba ingiriendo licor.

Por su parte, el Fiscal de la Corporación consideró que debe confirmarse al sentencia apelada, por dos razones, la primera, por cuanto la conducta del agente agresor no se encuadra en una actividad propia del servicio, sino que obedeció a móviles personales y la segunda por que se advierte culpa de la víctima.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

LEGITIMACION EN LA CAUSA ACTIVA, circunstancia que se demostró con el acta de registro civil de matrimonio de SUSANA CORREA GONZALEZ Y ALVARO MARTIN QUIROGA la cual obra a folio 20 del expediente, los registros civiles de nacimiento de los señores ALVARO, CARLOS ARTURO, NELSON, JORGE OSWALDO Y ALEX ALBERTO MARTIN CORREA (fls. 21 a 25 cdno. principal) todos en condición de hijos legítimos del occiso.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: El presente caso se debe resolver por el sistema de falla presunta del servicio.

De los hechos controvertidos en el proceso, acaecidos el 27 de Diciembre de 1983 en el asadero de carne "El Ganadero", ubicado al sur de esta ciudad, se comprobó que el Agente BERNARDO CARDONA ARIAS dió muerte al señor ALVARO MARTIN QUIROGA con arma de fuego. Los testigos JOSE LAUREANO CASAS VARGAS, JOSE COSME BARBOSA Y CARLOS SEGUNDO MANRIQUE CARDENAS, fueron contestes al afirmar que ese día, el Agente agresor llegó al establecimiento uniformado y conduciendo un camión de propiedad de la Policía Nacional, que todos estuvieron compartiendo unos tragos, cuando, en estado de embriaguez, entre las diez y media y once de la noche, el occiso y el inculpado discutieron acaloradamente, sacaron sus armas y se dispararon entre sí, momentos en los cuales resultó muerto el señor ALVARO MARTIN QUIROGA y heridos el Agente BERNARDO CARDONA ARIAS y el dueño del establecimiento JOSE LAUREANO CASAS VARGAS; sin embargo, ninguno fué claro en el sentido de acreditar cual de los dos accionó primero las armas que portaban.

En la diligencia de indagatoria que rindiera en el proceso penal, el inculpado BERNARDO CARDONA ARIAS, reconoce que se encontraba uniformado, que había terminado el servicio y se dirigía a guardar el vehículo, cuando se encontró con el señor CARLOS MANRIQUE con quien llegó al asadero, dice, que si bien, él fué quien le produjo los disparos a ALVARO MARTIN QUIROGA, lo hizo en respuesta de la agresión de que era objeto, teniendo en cuenta que el occiso ya le había disparado por tercera vez y lo había herido en el primer impacto.

Como objetivamente no se aclaró esta situación, por cuanto no se estableció quien agredió a quien, y cual de ellos se defendió, se deduce que el insuceso no sólo se produjo por culpa del agente agresor, sino también por culpa de la víctima. Cuando el hecho dañoso se produce por culpa compartida de ambas partes no excluye de responsabilidad a la administración, esta, responsabilidad es proporcional al daño causado.

En lo que se refiere, si el hecho se produjo por culpa personal del Agente, o si se trata de un acto propio del servicio, se advierte; que la Secretaría General de la Policía Nacional informa que para la fecha el agente se encontraba en ejercicio de sus funciones, por cuanto, no le figuraban ni separaciones temporales ni suspensiones. No cabe duda que el inculpado se encontraba al servicio de la Policía Nacional, aunque en el momento que se produjeron los hechos, no desempeñaba funciones propias del servicio, puesto que había terminado su jornada laboral como Agente Conductor, en la División de Transportes. Sin embargo, se observa que conducía un automotor de propiedad de la entidad demandada, portaba su uniforme oficial, y se encontraba armado, lo cual permite deducir que el arma utilizada también era de dotación oficial. Además en los descargos rendidos por BERNARDO CARDONA ARIAS en el proceso penal (fls. 122 a 130) cuando se le preguntó: "Sírvase manifestar al Juzgado cual (sic) el motivo para que usted en lugar de cumplir las órdenes de su Jefe y atendiendo los deberes de su cargo, no guardara inmediatamente el carro que estaba bajo su cuidado, sino que por el contrario se dedicara a ingerir licor en un establecimiento Público y con arma de dotación? CONTESTO: El motivo de esto fue que me encontré con el señor CARLOS MANRIQUE y me invitó a un trago,....", no objetó la calificación que el Juzgado hizo del arma, por el contrario procedió a dar las razones que lo impulsaron a dejar de cumplir sus deberes. Todos estos hechos indican que el instrumento utilizado si era una arma de dotación oficial aunque expresamente no se le haya dado tal calificación.

Obra en el expediente copia del auto por el cual se abrió causa criminal contra BERNARDO CARDONA ARIAS de 9 de Mayo de 1984 (fls. 57 a 70), proferido por el Juzgado Noveno Superior de Bogotá, copia de la sentencia de ese mismo despacho que lo condenó por el delito de homicidio (fls. 71 a 79), copia de la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la decisión del Juzgado, y copia del auto del Juzgado 32 de Instrucción Criminal que decretó la detención preventiva (fls. 117 a 121). Igualmente, copia de la Resolución No. 2774 de mayo 22 de 1984 de la Dirección General de la Policía Nacional, que separó en forma absoluta por mala conducta comprobada al inculpado.

Con el certificado de necropsia que aparece a folio 9, y el Acta de Registro Civil de Defunción del señor ALVARO MARTIN QUIROGA se demostró el daño producido por la Conducta observada por parte del Agente de la Policía Nacional.

La relación de causa-efecto entre el daño y el hecho dañoso, quedó esclarecida; pero a pesar de existir culpa compartida entre la víctima y el victimario, este es imputable a la entidad demandada en la proporción que corresponda.

De las pruebas recaudadas, se infiere que el instrumento con el cual se produjo el daño era un arma de dotación oficial, suficiente para calificar este caso en la denominada falla presunta imputable a la administración, debido a que la responsabilidad no es exclusiva de la Policía Nacional. La decisión apelada se revocará y se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, precisando esta circunstancia.

PERJUICIOS MORALES: En relación con el daño moral existe una presunción judicial hasta el segundo grado de consanguinidad. Este perjuicio entendido como la aflicción sicológica y subjetiva que sufrieron por la muerte del señor ALVARO MARTIN QUIROGA, en calidad de cónyuge y padre.

De no haberse dado la responsabilidad compartida la condena sería de 1.000 gramos oro para cada uno de los demandantes; pero por la circunstancia anotada esta se reducirá a la mitad, es decir 500 gramos oro por cada uno de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

PERJUICIOS MATERIALES: La Sala advierte que a la fecha en que murió ALVARO MARTIN QUIROGA contaba con 50 años de edad, que se encontraba pensionado por el Ministerio de Defensa Nacional y por la Empresa "Cervecería del Litoral S.A.", que posteriormente dichas pensiones fueron sustituidas en favor de su esposa SUSANA CORREA VDA. DE MARTIN. Este hecho impide la posible indemnización por lucro cesante, el cual está relacionado con la capacidad productiva de la víctima proyectada hacia el futuro, esta situación no se presenta debido a que su cónyuge recibe la totalidad de la pensión. Además en el proceso no se demostraron cuales eran los ingresos adicionales que percibía la víctima; Por lo tanto no se accederá a la pretensión formulada por perjuicios materiales.

En mérito de lo expuesto El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de Febrero de 1990, la cual quedará así:

SEGUNDO: DECLARASE responsable a la Nación Ministerio de Defensa, Policía Nacional de la muerte del señor ALVARO MARIN QUIROGA en hechos ocurridos el 27 de Diciembre de 1983.

TERCERO: CONDENASE a la entidad demandada a pagar por concepto de Perjuicios Morales en favor de SUSANA CORREA DE MARTIN, ALVARO, ALEX ALBERTO, CARLOS ARTURO, JORGE OSWALDO Y NELSON MARTIN CO-

RRERA el equivalente DE QUINIENTOS (500) GRAMOS DE ORO para cada uno, de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: La presente Sentencia deberá cumplirse dentro del término que habla el artículo 176 del C.C.A.

SEXTO: ENVIESE copia de este fallo a la Dirección General de la Policía Nacional para su cumplimiento.

SEPTIMO: Ejecutoriado este fallo devuélvase al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo; Juan de Dios Montes Hernández; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

Se deja constancia que el presente fallo fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de fecha 3 de Diciembre de 1992.

EXPROPIACION-Improcedencia/**ADQUISICION DE TIERRAS-Prioridad/DOTACION DE TIERRAS**-Prelación/**ADJUDICACION DE BALDIOS**

No existe pugna entre la necesidad de dotar de tierras a quienes la necesitan con la de llevar un método, sistema y orden en la escogencia de las tierras que deben asignarse a ese objetivo. Dependiendo de las necesidades, el programa anual de zonas de reforma agraria, atendiendo las órdenes de prioridad, debe indicar las tierras baldías requeridas que serán adjudicadas y de requerirse, las de propiedad privada que debe adquirirse por compra o expropiación, programas que en esas circunstancias podrán adelantarse en forma coetánea y autónomamente. En la negociación directa en lo que se refiere a esta últimas, está sujeta a un orden de preferencia; con relación a otros en que no se den estas condiciones, deberá preferirse la adquisición de los inmuebles en que la proporción del valor de los cultivos, mejoras útiles o necesarias y de los equipos vinculados a la explotación sea, respecto del avalúo total, inferior en una vez al valor intrínseco de la tierra. El Incora debe ceñirse a los órdenes de prioridad y prelación "a fin de adelantar en forma ordenada, rápida y menos costosa las actividades de adquisición y dotación de tierras".

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., diciembre tres de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Ref.: Expediente Nº 7199. Actor: INCORA Demandado: Arango y Cía. Inversiones San Antonio S. en C.S.

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 18 de octubre de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera, mediante la cual dispuso:

"1º.- DECLARASE la nulidad de las resoluciones Nros. 01785 de abril 9 de 1990, proferida por la Gerencia General del INCORA, por medio de la cual se ordenó la expropiación del predio rural denominado LAS DANTAS, ubicado en jurisdicción de Mutatá (Ant.) y la Nro. 038 de la misma fecha y año, emanada de la Junta Directiva de esa institución, aprobatoria de la anterior.

"2º.- Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal se abstiene de decidir sobre la expropiación, y en su lugar ORDENASE la devolución y desglose de todos los documentos del INCORA para que dentro de los 20 días siguientes, reinicie la actuación, a partir de la ocurrencia de los hechos o circunstancias que hubieren viciado de legalidad el acto administrativo que decretó la expropiación, si ello fuera posible".

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. **La demanda.-**

Con fecha 29 de junio de 1990, el INCORA obrando por conducto de apoderado regularmente constituído promovió demanda en contra de la Sociedad ARANGO & CIA. INVERSIONES SAN ANTONIO S. en C.S., a efecto de que previa la tramitación correspondiente, se decretara por motivos de utilidad pública e interés social la expropiación del predio rural denominado LAS DANTAS, situado en el Municipio de Mutatá en el Departamento de Antioquia, con una extensión de 658 hectáreas.

2. **Fundamentos de hecho.-**

Aparecen relacionados a los folios 68 a 71 y se reducen en síntesis a lo siguiente:

"Con fundamento en los artículos 54 a 58 de la ley 135 de 1961 modificados por el 21 y 24 de la ley 30 de 1988, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria está facultado para adquirir tierras o mejoras de propiedad privada de particulares, o decretar la expropiación de esos bienes para dar cumplimiento a los fines de interés social y utilidad pública definidos por la misma ley. Así las cosas, en armonía con el prementado artículo 58, ordinal 3o., la Gerencia Regional del Incora en Antioquia practicó sobre el inmueble rural LAS DANTAS, ubicado en jurisdicción del Municipio de MUTATA, Departamento de ANTIOQUIA: un estudio técnico sobre la aptitud agronómica del predio elaborando el informe respectivo, un levantamiento topográfico al inmueble y se practicó según la norma vigente antes citada el avalúo del predio por parte de dos Peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (I.G.A.C.). El avalúo antes referido, rendido mediante oficio No. 6670 de junio 29 de 1989 y, de acuerdo con el ordinal 4to. del artículo 58 de la Ley 135 de 1961, modificado por el 24 de la ley 30 de 1988, versó sobre el valor intrínseco de la tierra por

parte, y sobre el valor de las mejoras por otra, sumando el avalúo un total de $90.140.000 NOVENTA MILLONES CIENTO CUARENTA MIL PESOS, MCTE.).

"Posteriormente la H. Junta Directiva del INCORA en sesión de 8 de agosto de 1989 dio aprobación previa a la negociación del inmueble rural.

"Una vez reunidos los elementos para la adquisición, el INCORA, a través de la Gerencia Regional de Antioquia, formuló oferta de compra sobre el predio LAS DANTAS, ubicado en jurisdicción del municipio de MUTATA, y que tiene la Matrícula Inmobiliaria Nro. 011-0000143 en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Frontino, la descripción por sus linderos del predio la haré, más adelante, en el acápite de las pretensiones.

"La oferta referida se formalizó mediante los oficios números 2141 del 5 de septiembre de 1989 y el 2226 del 15 de septiembre del mismo mes, la cual se inscribió en la correspondiente oficina de Registro de Instrumentos Públicos. La Sociedad propietaria, mediante apoderado, el doctor ALBERTO GOMEZ GAMEZ con T.P. #7154 del Minjusticia, se notificó en septiembre 8 de 1989 del oficio 2141 y en septiembre 21 de la misma anualidad del 2226. El citado profesional en ejercicio de poder conferido por la Sociedad ARANGO & CIA. INVERSIONES y en su representación, mediante memorial presentado ante el INCORA en octubre 3 de 1989, rechazó de plano la oferta formulada por el Instituto, argumentando entre otros puntos, que el precio señalado para la negociación por los expertos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, era muy baja, o sea, el de $90.140.000 NOVENTA MILLONES CIENTO CUARENTA MIL PESOS, MCTE.) los cuales se pagarían, de acuerdo con el artículo 61 de la Ley 135 de 1961, modificado por el 26 de la Ley 30 de 1988, en cinco años el valor de la tierra en bonos de deuda pública y las mejoras en tres años, observando lo consignado en la citada disposición, lo cual de explicó detalladamente en los oficios mediante los cuales se formalizó la oferta.

"Es de señalar que en el memorial de respuesta a la oferta formulada por el INCORA la Sociedad propietaria a través de su representante propusieron al Instituto, la CESION de otro predio, ubicado en otra región, pero condicionada a la desafectación de LAS DANTAS. El INCORA, mediante oficio 2499 de octubre de 1989 explicó a la luz del derecho por qué no era atendible esa contrapropuesta y se explicó que: `El inciso séptimo del ordinal 5º del precitado artículo 58 del estatuto Agrario, cuando habla de que el INCORA podrá aceptar observaciones que formule el ofertado,, se refiere a que pueda en un momento dado reducir la oferta a parte del predio; también al derecho de exclusión, a servidumbres, a tener en cuenta o no determinadas edificaciones o instalaciones, etc. pero jamás puede transigir en desafectar el predio en lugar de otro si, este último, también se encuentre en zona de Reforma Agraria'.

"En este punto y, una vez agotadas por parte del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- Regional Antioquia, las diligencias administrati-

vas en orden a procurar la adquisición, por negociación voluntaria, del predio LAS DANTAS y, obtenida la manifestación por parte de los propietarios el rechazo de la oferta, mediante memorial ya referido de octubre 4 de 1989 y posteriormente mediante otro memorial presentado ante el INCORA Regional Antioquia el 12 de diciembre de 1989, se remitieron las diligencias administrativas a la Gerencia General del INCORA en Bogotá, para lo de su competencia.

"El señor Gerente General, en virtud de lo anterior y en uso de sus facultades legales y estatutarias, y en especial de las que confieren los artículos 54 y 59 de la Ley 135 de 1961, previas las consideraciones del caso emitió la Resolución número 01785 de abril 9 de 1990, mediante la cual resolvió adelantar, por motivos de utilidad pública a interés social la expropiación del predio rural denominado LAS DANTAS. A su vez, la H. Junta Directiva del Instituto mediante Resolución Número 038 de Abril 9 de 1990 aprobó con el voto favorable e indelegable del señor Ministro de Agricultura la Resolución 01785.

"Posteriormente, a los seis (6) días del mes de junio de 1990, se notificó personalmente la Resolución expropiatoria al doctor ALBERTO GOMEZ GAMEZ; transcurrieron cinco días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación y no interpuso recurso de reposición el acto administrativo por lo tanto quedó ejecutoriada y en firme la providencia expropiatoria". (Fols. 69 a 71).

Las disposiciones que sirven de fundamento a la medida expropiatoria están relacionadas a los folios 74 y 75.

3. **La actuación procesal en primera instancia**

Practicada la notificación del auto admisorio a la firma demandada, compareció a la actuación mediante apoderado quien en oportunidad contestó el libelo introductorio del proceso manifestando oponerse a la medida expropiatoria en razón a que los actos administrativos por los cuales se ordenó, resultan abiertamente violatorios de los artículos 55 de la Ley 135 de 1961 (art. 22 de la Ley 30 de 1988) y 10 del Decreto 2107 del mismo año.

El incidente de oposición e impugnación de legalidad fué promovido en oportunidad, según el escrito visible a los folios 88 a 92 y se apoya, en la causal de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A. (Art. 14 del Decreto 2304 de 1989) por haberse expedido tales actos con violación directa de las normas a las cuales debían sujetarse, que explica de la manera siguiente:

"El artículo 55 de la Ley 135 de 1961 y el artículo 10 del Decreto Reglamentario 2107 del 12 de Octubre de 1988.

"CONCEPTO DE LA VIOLACION.

"El art. 55 de la Ley 135 de 1961 y el artículo 10º del Decreto Reglamentario 2107 de 1988, contienen una orden de prelación en cuanto al procedimiento para la adquisición de tierras de propiedad privada.

"El concepto de la violación aparece demostrado en la norma procesal que **establece que los procedimientos son de orden público, o sea de obligatorio cumplimiento para las partes.**

"Aplicando este criterio al caso presente, tenemos que la entidad ejecutora de los programas de adquisición de tierras, expidió la Resolución impugnada, distinguida con el Nro. 01785 el día 9 de abril de 1990, por conducto del General y, la Nro. 038 de la misma fecha de la Junta Directiva del mismo ente, sin haber agotado los criterios de prelación a los que debió sujetarse y en cambio, los pretermitió, violando en esta forma, los artículos 55 de la Ley 135 de 1961 y el 10º del Decreto Reglamentario 2107 de 1988.

"No aparecen dentro del proceso, constancias del mismo Instituto o de otros funcionarios públicos de esta responsabilidad dentro del sector agropecuario, sobre la existencia o no de tierras baldías en la región, como tampoco, se informa sobre las dadas en aparcería o en arrendamiento y también ubicadas en la misma región donde se localiza la finca `LAS DANTAS' objeto de este proceso.

"Los actos expedidos, materia de la impugnación, carecen de respaldo legal, ya que el otro criterio contemplado en la misma norma, Ley 135 de 1961, establece que para el INCORA puede **apartarse de los órdenes de prelación**, contenidas en las normas anotadas, se requiere que sea en aquellos eventos expresamente señalados en el Parágrafo del art. 10º del mencionado Decreto Reglamentario 2107 de 1988.

"Vale decir entonces, que los actos impugnados, además de infringir la norma legal y reglamentaria, están expedidos en forma irregular y con desviación de las precisas facultades que le señala el Legislador a la Entidad, pues la excepción legal está contenida en dicho parágrafo, y los eventos allí indicados, tampoco lo facultan para expropiar". (Fols. 90 y 90 vto.).

Al descorrer el traslado, el Incora manifiesta que los actos expropiatorios no han infringido norma legal alguna y que tampoco tiene asidero legal la acusación de la demandada de haberse quebrantado el artículo 84 del C.C.A. En punto concreto de la controversia, para la entidad "Es palmaria, de acuerdo con la norma, que los criterios indicativos tantas veces citados deben dejar a salvo, de otra parte, las expresas facultades que le otorga a la Administración el Artículo 58 de la misma codificación, al consagrar esta última disposición el procedimiento que observará el INCORA para la

adquisición de tierras y mejoras de propiedad privada de los particulares o entidades de derecho público.

Existe, en conclusión, en el Artículo 58 una facultad expresa y muy concreta sobre la adopción de programas de adquisición y determinación de Zonas de Reforma Agraria por parte del INCORA. Atribución , digo, que prevalece sobre los criterios orientadores dados en el Artículo 55, el cual, a su vez, consagra esta prevalencia al señalar, que sin perjuicio, insisto, de las atribuciones que la Ley confiere al INCORA - atribución consagrada expresamente en el Artículo 58 se atenderían los criterios indicativos.

Las pruebas pedidas por las partes fueron decretadas por auto de 5 de marzo de 1991.

Transcurrido el término que les fué concedido con el objeto de que pudieran acreditar los supuestos fácticos que sirven de apoyo tanto a las súplicas de la demanda como a la oposición e impugnación de la legalidad de la expropiación, se corrió traslado del proceso a fin de que las partes presentaran sus alegatos de conclusión (f. 130); para la parte actora, en su inscrito visible a los folios 131 a 134, la expropiación debe decretarse conforme a lo pedido en la demanda, en razón a que la impugnación planteada por los demandados es improcedente ya que en primer término se ajusta a los motivos de interés social y de utilidad pública definidos en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 1º de la ley 135 de 1961, y en segundo lugar, el actual artículo 58 de la Constitución Nacional "indica que por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el Legislador podrá haber expropiación e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. El inciso final del artículo traído de la Carta Fundamental expresamente consagrada 'LAS RAZONES DE EQUIDAD, ASI COMO LOS MOTIVOS DE UTILIDAD PUBLICA O DE INTERES SOCIAL, INVOCADOS POR EL LEGISLADOR, NO SERAN CONTROVERTIBLES JUDICIALMENTE' (Mayúsculas fuera de texto)".

El demandado presentó el memorial visible a folios 135 a 137, en el cual reitera su solicitud para que se declare la nulidad de las resoluciones impugnadas por haberse expedido dichos actos con violación directa de las normas a las cuales debía sujetarse y en su lugar, pide a la Corporación abstenerse de decidir sobre la expropiación y devolver la actuación al Incora.

Con ese propósito, afirma que el inciso 3º del artículo 55 de la Ley 135 de 1961 (art. 22 de la Ley 30 de 1988) y del artículo 10º del Decreto Reglamentario 2107 del 12 de octubre de 1988, le señalaron **Prioritariamente** al Incora, los criterios indicativos que debe agotar en la **ejecución de programas de adquisición de tierras.** No en vano, se utiliza en la disposición citada, la palabra **PRIORITARIAMENTE** que viene de **PRIORIDAD** y la cual es definida por el Diccionario de la Lengua Española en siguiente forma: **PRIORIDAD** (Del latín prior- oris, anterior) anterioridad de una cosa respecto de otra, o en tiempo o en el orden". (folio 135).

Destaca que los criterios señalados en la ley, constituyen para el Incora una competencia reglada pues le son de obligatorio cumplimiento y observancia, vale decir, que no son meramente orientadores como lo supone el apoderado del organismo público, por cuanto la disposición no utiliza un giro, meramente facultativo y, antes por el contrario, establece que la adquisición de tierras "se hará teniendo en cuenta, prioritariamente, los criterios indicativos que la misma señala". Para terminar, enfatiza que de las pruebas pueden colegirse: Que no existe un censo de las tierras baldías; que en el municipio existen tierras en esa condición y prueba de ello, lo constituye la existencia de una comisión destinada a ese fin; además, que Incora ha recibido 34 ofertas de venta directa y voluntaria de predios, de los cuales, solamente "ha atendido un número ínfimo de ofrecimientos, prefiriendo afectar predios no ofrecidos como `Las Dantas', para satisfacer **intereses políticos y evitar `pesadas caminatas'** a los campesinos de la región, ya que el predio afectado se encuentra a 100 metros del poblado en tanto, las fincas ofrecidas se encuentran distantes de uno a cinco Kms de Pavarandocito".

4. **La sentencia apelada.**

En la providencia objeto de la alzada, visible a los folios 140 a 156, para el aquo la razón está de lado de la parte demandada y para deducirlo discurre de la siguiente forma:

> "Para la Sección cuando la administración (INCORA) necesita adquirir inmuebles rurales de propiedad de personas de derecho privado o de entidades públicas, con el fin de adelantar los programas indispensables para el logro de los fines de interés social trazados por las leyes agrarias, debe sujetar su actividad a los criterios legales, pero no a título de meras pautas de orientación sino como fases o etapas que debe cumplir según el orden de precedencia en que el propio legislador las establece.
>
> "Esta es la interpretación lógica que se infiere de la frase: `se hará teniendo en cuenta prioritariamente los siguientes criterios indicativos'. Basta recordar que el Diccionario de la Real Academia Española da como primera aceptación del término -PRIORIDAD-, "anterioridad de una cosa respecto de otra, o en tiempo o en orden', acepción que armoniza con el texto de la norma cuyo principio general no se desvirtúa porque se fije pautas, criterios o lineamientos sujetos a un orden de prevalencia. En cierta manera lo explica el inciso 2º del art. 10º del Decreto Reglamentario al prescribir, 'sin menoscabar la facultad del INCORA para adquirir todos los predios que requiera para la ejecución de sus programas, a través de la negociación directa o por expropiacion, que esos criterios sometidos a prioridades tienen como fin, 'adelantar en forma ordenada, rápida y menos costosa las actividades de adquisición y dotación de tierras'. Recuérdese que uno de los objetivos que universalmente se reconocen a la potestad reglamentaria es el de precisar el alcance y contenido de la norma reglamentaria, a fin de facilitar su aplicación.

"Para corroborar las ideas anteriores basta observar el mismo orden como están consignados en el citado inciso 3º del art. 55 los criterios o indicativos, en los que se percibe como primero el interés en utilizar primero (sic) las tierras baldías aptas para la explotación agropecuaria y de fácil acceso a los campesinos de la región, con lo cual se evita desestimular las explotaciones agropecuarias existentes; en segundo lugar se señalan los predios ofrecidos voluntariamente en enajenación por sus propietarios al Instituto y cuyas características estén acordes con los respectivos programas, lo cual cumple también aquel objetivo; en tercero se alude a las tierras arrendadas o dadas en aparcería porque aunque se encuentren en explotación, la titularidad del derecho de dominio se halla radicado en terceras personas que usufructúan el trabajo de los campesinos, quienes son los que realmente adelantan su laboreo, situación que contradice uno de los elementales postulados que presiden las distintas tendencias reinvindicatorias de la propiedad rural en favor del campesino, y como último criterio aparece 'y las demás que considere necesarias para la debida ejecución de sus programas', criterio residual al que sólo se debe llegar una vez agotado en el orden previsto los otros criterios. (Fols. 152 a 154).

Por último señala el fallador de primer grado, que como se desprende de los actos materia de la impugnación y del análisis del acervo probatorio, el Incora al haberse dispuesto la expropiación del fundo, procedió con absoluta discrecionalidad y sin observancia de la norma que señala los criterios a que debe ceñirse en la adquisición de predios, con lo cual, violó en forma directa la norma letal que debía atender y, que esa transgresión genera la nulidad deprecada en la contestación de la demanda así como en el libelo incidentista, razón por la cual, niega las pretensiones formuladas por la parte actora.

Inconforme con la decisión que se dejó extractada, la parte actora, la apeló oportunamente; al sustentar el recurso, pide revocarla y, en su lugar, decretar en favor de Incora la expropiación del inmueble de que tratan los actos administrativos sometidos al control de legalidad.

Precisa que erró el a-quo, al interpretar que el instituto está obligado a agotar el programa de adjudicación de tierras baldías, para poder iniciar y adelantar el de adquisición de tierras y agrega: Estimo que la interpretación por parte de la alta Corporación es incorrecta, pues por expresas órdenes del artículo 55 ya citado, el INCORA, puede adquirir, según la norma ...'TODOS LOS INMUEBLES RURALES CUYA ADQUISICION SEA NECESARIA PARA EL DESARROLLO Y EJECUCION DE LOS PROGRAMAS Y POR LOS MOTIVOS PREVISTOS EN LA LEY ...". (RESALTO EN MAYUSCULAS PARTE INCISO PRIMERO).

"Más adelante el **inciso TERCERO** del mismo artículo enseña que ..."SIN PERJUICIO DE LO DISPUESTO POR LOS INCISOS ANTERIORES (R.E.M.) El INCORA para determinar Zonas de Reforma Agraria, la ejecución de adquisición de tierras se hará teniendo en cuenta prioritariamente los siguientes criterios indicativos...".

"Quedó pues a salvo, por lo dicho expresamente al inicio del inciso Tercero la facultad del Instituto para adquirir todos los predios rurales cuya adquisición sea necesaria para el desarrollo de los Programas de Reforma Agraria. No es de recibo para el INCORA que haya procedido con amplia discrecionalidad, sino conforme a las normas vigentes.

"La prioridad de los criterios indicativos que acoge el Tribunal para avanzar en el programa de adquisición y dotación de tierras, no nos queda duda no prevalece sobre la facultad legal del Instituto de adquirir tierras en cualquier Zona de la Reforma Agraria, siempre y cuando ésta haya sido definida como tal acatando los mandatos de la Ley 135 de 1961.

"2º En la decisión de primera instancia no se tuvo en cuenta lo ordenado por el artículo 58 de la C.N.

"La norma constitucional citada, vigente desde el 5 de julio de 1991, al consagrar lo pertinente a la expropiación en su inciso final preceptuó: 'LAS RAZONES DE EQUIDAD, ASI COMO LOS MOTIVOS DE UTILIDAD PUBLICA O DE INTERES SOCIAL, INVOCADOS POR EL LEGISLADOR, NO SERAN CONTROVERTIBLES JUDICIALMENTE'".

En el término que se les concedió a las partes, para presentar sus alegatos de conclusión o su vista de fondo, respectivamente, el Ministerio Público guardó silencio (Fols. 165 y 183). La apoderada judicial del Incora, insiste en los mismos planteamientos hechos al sustentar la alzada y como consecuencia, reitera la solicitud de revocatoria del fallo en cuestión (fols. 175 a 181); el apoderado de la demandada, destaca que el recurso de apelación está sustentado de manera vaga y generalizada y que no llega a referirse de manera concreta y en detalle a la motivación hecha en la sentencia, la que encuentra acertada desde el punto de vista fáctico y legal. "El Incora desconoció en forma paladina los límites impuestos por el legislador al ejercicio de su competencia para adquirir tierras. La norma del artículo 10º. del Decreto Reglamentaria 2107 de 1988, debe interpretarse en armonía con el artículo 55, inciso 3º de la Ley 135, pues dada su naturaleza sub legal no puede contrariarla; por consiguiente, si bien se consagra una competencia general del INCORA para adquirir `todos los predios que requiera para la ejecución de sus programas'. Ello no quiere decir, que puede adquirir inmuebles rurales ignorando el orden de prelación antes mencionado". (Fols. 167 a 173).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que el fallo objeto del recurso de apelación habrá de confirmarse en atención a que la Sala comparte en su integridad los análisis que hizo y las conclusiones que obtiene el acervo probatorio, las normas jurídicas pertinentes, así como los alegatos de la parte demandada, los que apreciados en su conjunto permiten deducir que en verdad los actos administrativos acusados infringieron las disposiciones en que precisamente deberían fundarse, razón por la cual resulta acertada la decisión del *a-quo* de declarar su anulación.

En efecto: el texto original del artículo 55 de la Ley 135 de 1961, disponía que en desarrollo de sus programas de dotación de tierras el Incora en primer término, debería utilizar las tierras baldías fácilmente accesibles a los campesinos de la región de que se tratara siempre y cuando que reunieran las condiciones necesarias para establecer en ellas colonizaciones. La misma norma, prescribía que si para cumplirlos resultaba imprescindible adquirir tierras de propiedad privada, con la única salvedad de las tierras adecuadamente explotadas, en tal caso debía observarse el siguiente orden de prelación, o, valerse:

a. De las tierras incultas no cobijadas por las reglas sobre extinción de dominio.

b. De las tierras inadecuadamente explotadas.

c. De los predios explotados en su extensión total o en parte importante mediante precaristas, y

d. De las tierras adecuadamente explotadas, no cobijadas por el ordinal anterior, cuyos propietarios estuvieran dispuestos a enajenarlos voluntariamente.

Indudablemente se siguió similar orientación en la redacción del actual art. 55 de la ley 135 de 1961, pues si bien en su inciso 1º se le confiere a la entidad la facultad de adquirir todas las tierras que resulten necesarias para la cumplida ejecución de dicho programa, el texto subsiguiente de la misma disposición y el resto del articulado de la ley se encargan de precisar que en la escogencia o selección no puede ser desordenada y arbitraria, sino que está totalmente regida y regulada por una serie de principios y reglas de rigurosa e ineludible observancia.

Esa facultad se inspira en el principio del bien común y en la necesidad de extender a sectores cada vez más numerosos de la población rural el ejercicio del derecho a la propiedad, armonizándolo en su conservación y uso con el interés social y por tanto también guarda íntima relación con la necesidad de conciliar el interes de la sociedad con el privado.

En consonancia con esos principios y pautas, el legislador ha mantenido los órdenes de prioridad, que obedecen justamente a la necesidad de una ejecución y un desarrollo coherente, armónico y coordinado de los denominados programas de reforma agraria. Así las cosas, pues, sin recortar o disminuir las atribuciones que tiene de adquirir por negociación directa o expropiación los predios que requiera, **la ejecución** del respectivo plan o programa anual, ha de hacerse teniendo en cuenta con precedencia a otros aspectos atendibles o **prioritariamente**, los siguientes criterios indicativos previstos en la disposición objeto de análisis:

a. Utilizando las tierras baldías patas para la explotación agropecuaria y fácilmente accesible a los campesinos de la región respectiva.

b. Si ellas no fueron suficientes, las tierras ofrecidas voluntariamente en enajenación al INCORA por sus propietarios y que reúnan las condiciones necesarias para la ejecución de los programas motivo de adquisición (art. 54).

c. Las arrendadas o dadas en aparcería y,

d. Finalmente, las demás que considere necesarias para la debida ejecución de sus programas.

Orden o secuencia que habrá de establecerse de los estudios previos y de la evaluación de la información recogida previamente a la adopción de los programas regionales de reforma agraria y procedimiento de enajenación voluntaria (art. 58); entendido así el alcance y contenido de la norma en cuestión, surge evidente que no existe pugna entre la necesidad de dotar de tierras a quienes la necesitan con la de llevar un método, sistema y orden en la escogencia de las tierras que deben asignarse a ese objetivo.

De la providencia recurrida, tampoco se ve razón valedera que permita afirmar que ella conlleva a que sólo hasta que se agote la adjudicación de baldíos, puede iniciarse la adquisición de los predios; dependiendo de las necesidades, el programa anual de zonas de reforma agraria, atendiendo las órdenes de prioridad, debe indicar las tierras baldías requeridas que serán adjudicadas y de requerirse, las de propiedad privada que debe adquirirse por compra o expropiación programas que en esas circunstancias podrán adelantarse en forma coetánea u autónomamente.

A ello hay que agregar, que conforme a la misma disposición la negación directa en lo que se refiere a éstas últimas, esta sujeta a un orden de preferencia; con relación a otros en que no se den están condiciones, deberá preferirse la adquisición de los inmuebles en los que la proporción del valor de los cultivos, mejoras útiles o necesarias y de los equipos vinculados a la explotación sea, respecto del avalúo total, inferior en una vez al valor intrínseco de la tierra.

De otra parte, no puede perderse de vista que conforme al artículo 57 de la ley 135 de 1961, el Instituto en las adquisiciones debe ajustarse, además a las siguientes reglas en lo pertinente al caso:

"1. Dará prioridad a aquellas zonas donde sean notorias la concentración de la propiedad territorial o la desocupación total o parcial de una numerosa población campesina, y aquellas otras donde existan fenómenos activos de erosión, imperen inequitativamente relaciones de trabajo, o se registren niveles de vida campesina sensiblemente bajos con relación a los de otras regiones del país.

"2. No adquirirá sino tierras que sean adecuadas para labores agrícolas o de ganadería eficiente. Se considerarán como tales, las tierras regables y las de secano donde la precipitación pluvial sea de ordinario suficiente para obtener cultivos y pastos que den bases para sostener con regularidad la explotación

económica de empresas comunitarias, de cualquier sistema asociativo de producción o de unidades agrícolas familiares.

"Sin embargo, podrá el Instituto adquirir superficies colindantes que no tengan ese carácter para destinarlas a tierras de pastoreo, donde ello estuviere indicado".

En concordancia con los referidos artículos 55 y 57 de la ley 135 de 1961, el artículo 10º del Decreto 2107 de 1988 precisa que el Incora debe ceñirse a las órdenes de prioridad y prelación. " A FIN DE ADELANTAR EN FORMA **ORDENADA**, RAPIDA Y MENOS COSTOSA LAS ACTIVIDADES DE ADQUISICION Y DOTACION DE TIERRAS" (Subrayados y destacados fuera de texto).

Sin adentrarse en la discusión de su legalidad ya que eventualmente podría haber excedido la norma que dice reglamentar, el Parágrafo del citado artículo 10º del Decreto 2107 de 1988, es el que se encarga de establecer sin lugar a dudas e equívocos que el Instituto en general esta obligado a acatar y observar aquellos órdenes de prioridad y preferencia, salvo para la ejecución de los siguientes programas especiales:

"1. Para establecer tierras comunales de pastoreo aledañas con parcelaciones ya establecidas.

"2. Para ampliación o constitución de resguardos indígenas.

"3. Para reestructurar zonas de minifundio.

"4. Para construír, ampliar, reparar o mantener vías de acceso a las zonas rurales.

"5. Para instalar servicios públicos en zonas rurales.

"6. Para la fundación de núcleos de asentamientos humanos o aldeas, o para el ensanche del perímetro de poblaciones con núcleo urbano de menos de 20.000 habitantes.

"7. Para la reforestación de cuencas o microcuencas hidrográficas que surtan de agua a los acueductos municipales o veredales.

"8. Para reemplazar superficies sujetas a un proceso activo de erosión que hayan de ser destinadas a programas de reforestación".

Como aparece claramente de los actos acusados, el programa para el cual se pretendió adquirir el fundo no es de aquellos en que la administración se halla exonerada observar los órdenes de prioridad que se dejaron estudiados y como no fueron

atendidos, infringieron las normas en que deberían fundarse, ameritándose su anulación. En consecuencia, como así lo analizó y entendió el fallador de primer grado, la sentencia apelada se encuentra ajustada al derecho y debe mantenerse.

Como no se dan las circunstancias previstas en el inciso 2º del ordinal 12º del artículo 59 de la Ley 135 de 1961, no se confirmará lo dispuesto en el ordinal 2º del fallo recurrido.

En fuerza de las precedentes consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

CONFIRMASE el ordinal 1º de la sentencia recurrida, esto es, la de 18 de octubre de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera.

REVOCASE el numeral 2º de la sentencia apelada y en su lugar se dispone: En firme este fallo, compúlsese copia con destino al Registrador de Instrumentos Públicos en la Oficina de Registro del Círculo en el que se halla inscrito el inmueble, a fin de que proceda a cancelar definitivamente la anotación de la afectación del inmueble ordenado por Incora y de la demanda de expropiación si se hubiere efectuado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha tres (3) de Diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo; Juan de Dios Montes Hernández; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA- Arma Oficial/**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

La conducta agresiva de la víctima, quien estaba desarmado y solo vociferaba palabras soeces y lanzaba puñetazos y puntapiés, no pudo justificar en forma alguna su muerte en manos de los agentes del orden. La reacción de estos fue exagerada, excesiva, falta de profesionalismo y de proporcionalidad con la amenaza que representaba para los agentes la conducta "demencial" de la víctima. Demostraron los agentes su falta de preparación para enfrentar casos como el aquí analizado. La vida de una persona es un don preciado que no puede segarse ante cualquier agresión y menos ante una persona inerme que, según los testigos, daba muestras de clara enajenación mental y que por ende merecía un trato de especial consideración y tino. El caso puede subsumirse sin ningún esfuerzo dentro del régimen de la responsabilidad presunta.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/PRESUNCION DE HOMBRE

En los eventos en que se reclama indemnización por la muerte de un niño y hermano, la jurisprudencia, con presunción de hombre, ha venido sosteniendo que esta ayuda solo se proyecta hasta la época en que la persona que la brindaba hubiera llegado a los 25 años. Dadas las condiciones mentales de la víctima, su productividad hacia el futuro estaba seriamente comprometida y todo haría presumir que terminaría siendo una carga para sus padres y hermanos que una ayuda.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Seeción Tercera. Santafé de Bogotá D.C., Diciembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

REF.: EXPEDIENTE No. 7381 ACTOR: ALEJANDRO ARTURO ARRIETA MENDOZA Y OTROS

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 20 de febrero de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Sucre, mediante la cual dispuso:

"PRIMERO: La Nación Colombiana es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por los demandantes Alejandro Arturo Arrieta Mendoza, María Socorro Campo de Arrieta, Diego Luis, Eneida Luz, Omaira del Socorro, Marjoris María, Manuel Alejandro e Irene Inés Arrieta Campo, con ocasión de la muerte del Sr. Mario Ricardo Arrieta Campo, ocurrida en esta ciudad el día 1o. de Junio de 1989".

"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, la Nación Colombiana- Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) pagará a cada uno de los demandantes el equivalente en pesos colombianos de gramos oro: así: 500 grs. para cada uno de los padres Alejandro Arturo Arrieta Mendoza y María del Socorro Campo de Arrieta; 250 grs. de oro para cada uno de los hermanos del difunto, Diego Luis, Eneida Luz, Omaira del Socorro, Marjoris María, Manuel Alejandro e Irene Inés Arrieta Campo, a título de indemnización por perjuicios morales".

"TERCERO: Condénase en concreto a la Nación- DAS a pagar la suma de catorce millones cuarenta y ocho mil ochocientos, veintinueve pesos ($14.048.829.oo) por perjuicios materiales recibidos por los demandantes con ocasión de la muerte de Mario Ricardo Arrieta Campo".

"CUARTO: Esta sentencia se cumplirá en los términos de los arts. 176 y 177 del C.C.A.".

"QUINTO: Si no fuere apelada esta sentencia, consúltese con el Superior".

En la demanda presentada por los señores Alejandro Arturo Arrieta M, María del Socorro Campo de A. y otros contra la Nación - Departamento Administrativo de Seguridad DAS el día 30 de abril de 1991, se narraron, en síntesis los siguientes hechos:

1) Que el día 1º de junio de 1989 en Sincelejo y luego de un incidente menor por la compra de un tiquete de bus para viajar en transportes Torcoroma de esta ciudad a San Pedro, el señor Mario Ricardo Arrieta Campo fué muerto por el agente del Das Carmelo Julio Gómez, quien le disparó la metralleta de dotación oficial, hiriendo además a su señora madre, señora María del Socorro Campo de A y al señor Amín Sierra Paternina, quien pasaba en ese momento por el lugar.

2) Que el incidente fué menor, como que Arrieta Campo se subió al bus en grave estado de excitación nerviosa, sin comprar el tiquete en la oficina, con el pretexto de que lo pagaría al conductor durante el viaje.

3) Que el señor Arrieta Campo estaba dedicado a la agricultura, concretamente a la siembra y cosecha de algodón; habiendo sembrado en el año anterior a su muerte 10 hectáreas.

4) Que Arrieta O; era soltero y vivía en plena armonía con sus padres y sus hermanas Eneida Luz, Marjoris María e Irene Inés Arrieta Campo.

El tribunal luego del trámite de la primera instancia decidió en la forma transcrita atrás, acogiendo para el efecto la vista de su fiscal colaborador. Así, estimó que la falla del servicio estuvo bien probada pero como también se acreditó la culpa de la víctima (su exceso de agresividad) la condena tenía que reducirse en un 50%.

Inconformes las partes con el fallo interpusieron apelación.- Recurso que fué sustentado en los escritos que obran, para la parte actora, a folios 192 y ss, y para la demandada, a folios 197 y ss.

Para la actora la inconformidad se reduce a estos extremos:

"El recurso va dirigido a que se revoque la sentencia apelada, y en su lugar se dicte otra que condene a la Nación (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S.) a las siguientes prestaciones:

"a) Un mil gramos de oro para cada uno de los padres del finado MARIO RICARDO ARRIETA CAMPO, señores ALEJANDRO ARTURO ARRIETA MENDOZA Y MARIA DEL SOCORRO CAMPO DE ARRIETA, por concepto de perjuicios morales, ocasionados con la muerte de MARIO RICARDO ARRIETA CAMPO".

"b) Los perjuicios materiales producidos con ocasión de la muerte del finado MARIO RICARDO ARRIETA CAMPO, teniendo en cuenta que en el último año de existencia produjo en una cosecha de algodón la suma de $1.724.366.oo (UN MILLON SETECIENTOS VEINTICUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS M/CTE)."

"c) 500 gramos de oro para cada uno de los hermanos del señor MARIO RICARDO ARRIETA CAMPO, señores DIEGO LUIS ENEIDA LUZ, MARJORIS MARIA, OMAIRA DEL SOCORRO, y MANUEL ALEJANDRO, IRENE ARRIETA CAMPO".

"d) Los perjuicios materiales sufridos por la señora MARIA DEL SOCORRO CAMPO DE ARRIETA, con ocasión de la lesión sufrida por dicha señora como consecuencia del disparo recibido en el rostro, y proveniente del agente

del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (D.A.S.) CARMELO JULIO GOMEZ".

"Dichos perjuicios consisten en las sumas que tuvo que pagar por concepto de hospitalización, honorarios médicos, incapacidad para trabajar y la pérdida parcial del órgano auditivo que le produjo la PERTURBACION FUNCIONAL DE AUDICION DE CARACTER PERMANENTE, todo lo cual está demostrado en el proceso, según documentos visibles a folios 42, 78 y 79 del cuaderno principal".

"e) Los perjuicios morales sufridos por dicha señora por la pérdida del sentido auditivo de carácter permanente".

Para la entidad pública no puede imputársele ninguna responsabilidad porque todo se debió "a la actitud beligerante e imprudente del joven Arrieta, quien al ser requerido por el agente, en forma injustificada y agresiva pretendió arrebatarle el arma". En dicho escrito critica la opinión del fiscal de primera instancia en los siguientes términos:

"Por lo anterior no entendemos los razonamientos de la fiscalía para sostener que la utilización del arma, no era proporcional con el **posible** ataque de que fue víctima el Agente, y es que no podemos hablar en el presente negocio de proporcionalidad en la utilización del arma, por cuanto su accionar no obedeció al querer el agente utilizarla, sino que se produjo por el forcejeo entre el agente y ARRIETA CAMPO. Esa posibilidad a que hace referencia en el concepto, deja ver que no existió una valoración, severa y objetiva del acervo probatorio porque frente a un cúmulo de testimonios como los recaudados en el expediente, no queda duda alguna del estado de agresividad en que se encontraba la víctima, como tampoco nos puede quedar la menor duda de que la causa directa y eficiente del perjuicio, fue el comportamiento injustificado, imprudente, arbitrario y violento de la víctima quien al pretender despojar del arma al agente, se expuso abiertamente el perjuicio".

"Resulta muy fácil hacer serenamente una apreciación de lo que ha debido ser el comportamiento del agente, como para afirmar que éste pudo haber calmado de otra forma al señor ARRIETA y no llegar a encañonar y disparar irresponsablemente para ocasionar los lamentables sucesos".

"Pero ante esa arremetida tan violenta, no queda duda que no se trataba de cualquier agresión, por cuanto quedó plenamente demostrado que a la víctima no le asistía intención diferente que despojar al agente del arma, y fue a consecuencia de ese forcejeo que se produjo el hecho".

"Y es que frente a lo imprevisible de una agresión como la del occiso, es imposible ante un forcejeo exigir del agente, un comportamiento, el cual dada la agresividad y la violencia del agresor, no podía predecirse".

"Consideramos que si hubo una actitud irresponsable, ésta en manera alguna puede ser atribuible al agente, quien con la mejor voluntad de servicio, se hizo presente a fin de restablecer el orden turbado por ese proceder violento del occiso".

"El comportamiento irresponsable, no queda duda que existió por parte de los hoy demandantes, quienes concientes de los problemas mentales que padecía el occiso y de las explosiones psicóticas, debieron tener la prudencia y el cuidado necesario para controlarlo y no enviarlo con su señora madre, quien frente al desarrollo físico de su hijo, carecía de capacidades para ejercer ese control; en consecuencia, le era imposible tomar las medidas para someterlo".

"Las consideraciones hechas en precedencia, nos llevan a concluír que la muerte del señor ARRIETA y las lesiones de su señora madre, no fueron producto de una actitud imprudente o excesiva del agente, por el contrario éste, ante esa agresión tan intempestiva, trató al máximo de evitarlo pero la imprudencia del señor ARRIETA fue tal que llegó al extremo de despojarlo del arma y fue por el forcejeo que irremediablemente se produjo el hecho, siendo el actuar de la victima la causa directa y eficiente del perjuicio. Esta conducta es la que opera como causal suficiente para eximir de toda responsabilidad al organismo".

Cumplido el procedimiento de la segunda instancia es oportuno no decidir. Para ello, se considera:

En esta nueva oportunidad, alegaron las partes e insistieron en sus puntos de vista (a folios 211 y ss).

Guardó silencio el ministerio público.

El tribunal expuso como motivación de su fallo, en lo fundamental, lo siguiente:

"Ha sido constante la jurisprudencia contencioso administrativa en el sentido de que para imponer una condena a la administración, por falla en el servicio, se requiere demostrar la existencia del hecho, o falla en el servicio, el daño o perjuicio sufrido por el actor, y la relación de causalidad entre la falla en el servicio y el perjuicio, con exclusión de cualquiera de las causales de exoneración, como son, la fuerza mayor, el caso fortuito, la actividad personal del agente, la intervención de un tercero y la culpa de la víctima. En estos casos, aunque exista la falla no podrá derivarse de ella condena para la administración "porque se rompe la unidad argumental de la teoría". (H. Consejo de Estado, sentencia 1509 de noviembre 15 de 1990 Sección tercera, ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo).

"En el caso que ocupa la atención de la Sala, es claro que la muerte de Arrieta Campo se produjo por culpa de él mismo, puesto que todo apunta a que era una

persona con serios problemas mentales y que se encontraba bajo tratamiento psiquiátrico; cuya conducta por sí sola pudo generar el daño, lo cual, es causal de exoneración y por consiguiente habría que absolver a la entidad demandada. No obstante, si además de la conducta omisiva de la víctima, concurre una actividad censurable de la administración, se presenta lo que se ha llamado concurrencia de culpas, en donde el juzgador puede reducir el monto de la indemnización según las circunstancias en cada caso, lo que no excluye la falta o falla en el servicio, si esta se encuentra debidamente acreditada en el expediente".

"Si bien es cierto que en el presente caso la acción del agente del DAS, fue provocada por la actitud beligerante y peligrosa del señor Arrieta Campo, también lo es, que éste pudo ser dominado por los detectives, sin necesidad de llegar al extremo de disparar uno de ellos el arma automática que portaba, con los resultados ya conocidos. Pero de otra parte, hay que tener en cuenta que el funcionario público también es humano, y por tanto sometido a los temores y presiones de todo ser humano, que como en este caso; al verse agredido por un hombre al parecer desquiciado y por lo tanto dispuesto a atacar a otras personas aún en circunstancias en que un individuo normal no lo habría hecho y por tanto, ès apenas explicable su reacción al disparar el arma oficial contra un indefenso ciudadano".

"Así pues que coexistiendo la falla en el servicio con la culpa de la víctima, hay que concluir que existió compensación de culpas, por lo que la indemnización que se pide se reducirá en un cincuenta por ciento 50% según se dejó explicado atrás y por consiguiente se procede a definir los valores correspondientes a la reparación pedida".

"Por perjuicios morales se pide la cantidad de 6.000 gramos de oro para todos los demandantes, pero la Sala solo accederá a condenar al pago del valor de cinco mil gramos de oro fino, así: un mil (1.000) gramos para cada uno de los padres quinientos (500) gramos para cada uno de los hermanos de la víctima, teniendo en cuenta la regulación que al respecto ha adoptado el H. Consejo de Estado y que este Tribunal ha acogido en fallos anteriores, y en consideración a que el "pretium doloris" se presume por el solo hecho del parentesco con la persona fallecida el cual está debidamente acreditado en el proceso. De dicha cantidad se debe descontar la mitad, como se dejó expresado, por lo que la condena por los perjuicios morales equivale a 2.500 gramos de oro fino, según certificación que expida el Banco de la República".

"En razón de perjuicios materiales se pide el pago de $64.320.000.oo en razón de lucro cesante, habida consideración de que Arrieta producía anualmente la suma de $1.500.000.oo y tenía una vida probable de 42.88 años, pero la sala estima que por dicho concepto solo debe reconocerse la suma de $36.970.278.oo deducidos del valor que le fué pagado por lo años 88 y 89 como cultivador de algodón, según comunicación suscrita por el administrador de la Federación Nacional de Algodoneros con sede en San Pedro-Sucre, de los cuales hay que

deducir un 25% como gastos de su propia subsistencia lo que arroja un ingreso líquido de $27.727.709.oo".

"Por concepto de perjuicios materiales a la señora María Campo de Arrieta, en razón de gastos médicos, aunque se comprobó una cantidad mayor, solo se condena a la suma pedida o sea $369.950.oo".

"Por los anteriores rubros se tiene un total de $28.097.658 pero como condena se debe reducir en la mitad, se obtiene la cantidad de $14.048.829.oo que es la suma a la cual se contraen los perjuicios materiales".

Aunque la sala no hace suya la perspectiva que manejó el a-quo, confirmará el fallo en la fundamental. Se hace esta afirmación porque el tribunal se contradice cuando luego de afirmar que "la muerte de Arrieta Campo se produjo por culpa de él mismo, pues todo apunta a que era una persona con serios problemas mentales y que se encontraba bajo tratamiento psiquiátrico", agrega "que éste pudo ser dominado por los detectives, sin necesidad de llegar al extremo de disparar uno de ellos el arma automática que portaba, con los resultados ya conocidos".

Lo transcrito entre comillas deja ver la sin razón del a-quo. En primer lugar, le asigna plena responsabilidad a la conducta agresiva de Arrieta pese a reconocer que éste estaba aquejado de serios problemas mentales, para luego afirmar que los detectives pudieron reducirlo en forma más civilizada y consciente sin necesidad de hacer uso del arma de dotación oficial para liquidarlo.

No, la conducta agresiva de Arrieta, quien estaba desarmado y solo vociferada palabras soeces y lanzaba puñetazos y puntapiés, no pudo justificar en forma alguna su muerte de manos de los agentes del orden. La reacción de estos fué exagerada, excesiva, falta de profesionalismo y de proporcionalidad con la amenaza que representaba para los agentes la conducta "demencial" (según los testigos, y corroborado por el psiquiatra que lo trataba) del señor Arrieta.

Demostraron los agentes su falta de preparación para enfrentar casos como el aquí analizado.

La vida de una persona es un don preciado que no puede segarse ante cualquier agresión y menos ante una persona inerme que según los testigos, daba muestras de clara enajenación mental y que por ende merecía un trato de especial consideración y tino.

Varios declarantes son contestes en afirmar que algunos pasajeros del bus, al presenciar el escándalo que minutos antes estaba haciendo Arrieta en su interior, se apearon con la disculpa de que no querían viajar con un loco.

La reacción imprudente de los agentes (quienes una vez más justifican su acto homicida con la manida y pueril coartada esgrimida en casos similares de que tuvie-

ron que matarlo porque la víctima habían tratado de desarmarlos) compromete la responsabilidad del ente estatal e impone la revocatoria de la reducción ordenada por el tribunal (decisión que duele porque tiene trazas de justificación).

Para esta sala esa reducción no tiene justificación alguna y ni siquiera frente a personas sanas de mente inermes que traten con agresividad a la autoridad, podría aceptarse la conducta homicida de los agentes. Se presume que los agentes tienen la preparación suficiente para hacerle frente a esta clase de situaciones.

Por lo demás, el caso puede subsumirse sin ningún esfuerzo dentro del régimen de la responsabilidad presunta, porque se probó la autoría material en cabeza del agente del Das Carmelo Julio Gómez; quien dió muerte a Arrieta Campo con su arma de dotación oficial, en el momento en que cumplía misión del servicio.

Régimen de responsabilidad presunta que solo le permitía a la entidad exculparse demostrando la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima (ya se vió que Arrieta en ese momento era prácticamente un inimputable en grave estado de excitación mental, según los testigos' el mismo psiquiatra que lo estaba tratando médicamente); o el hecho, exclusivo y determinante de un tercero.

Aquí también debe recalcarse que ni la fuerza mayor se produjo ni la relación de causalidad se rompió por el hecho del tercero.

Los Perjuicios

Para el Tribunal, la sentencia en este campo merece serios retoques, no solo en cuanto a los perjuicios morales sino también a los materiales.

En cuanto a los primeros porque, desaparecida la reducción por culpa de la víctima, las condenas deberán ser superiores. Así los padres de la víctima, Alejandro Arturo Arrieta Mendoza y María del Socorro Campo, deberán ser indemnizados con el equivalente en pesos de 1.000 gramos oro para cada uno; así mismo, sus hermanos Diego Luis, Eneida Luz, Omaira del Socorro, Marjoris María, Manuel Alejandro e Irene Inés Arrieta C, percibirán por este mismo concepto el equivalente de 500 gramos oro para cada uno.

En cuanto a la condena por perjuicios materiales, la Sala no comparte la decisión del tribunal por considerarla ligera, inmotivada y carente de bases serias dentro del expediente.

En primer término, porque el a-quo no dice de donde sale la condena y cómo determinó su monto. En segundo, porque no se acreditó que los demandantes (padres y hermanos mayores) dependían económicamente de Mario Ricardo. En tercero, porque la prueba testimonial no muestra que los padres y hermanos de éste eran, por la época de su muerte, acreedores a percibir alimentos de su parte. En cuarto, porque no

se probó que los ingresos que dice percibía Mario Ricardo sembrando algodón y otros productos eran rentas de trabajo y no de capital. En quinto, porque en los eventos en que se reclama indemnización por la muerte de un hijo y hermano, la jurisprudencia, con presunción de hombre, ha venido sosteniendo que esa ayuda solo se proyecta hasta la época en que la persona que la brindaba hubiera llegado a los 25 años, y esa era la edad que tenía al morir Mario Ricardo; y sexto, porque dadas las condiciones mentales de éste, su productividad hacia el futuro estaba seriamente comprometida y todo haría presumir que terminaría siendo más una carga para sus padres y hermanos que una ayuda.

Se confirmará si lo reclamado con los gastos médicos que debieron hacerse para la recuperación de la salud de la señora María Campo de Arrieta, por el valor probado de $369.500 ya que no existe objeción alguna a este respecto.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

1) Confírmase la sentencia de febrero 20 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Sucre en sus ordinales primero, cuarto, y quinto.

2) Modifícanse en los ordinales segundo y tercero, los que quedarán así:

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración, la nación Departamento de Seguridad - Das, pagará a los demandantes el equivalente en pesos colombianos de las siguientes sumas en gramos oro: 1.000 gramos oro para los señores Alejandro Arturo Arrieta M y María del Socorro Campo de Arrieta para cada uno; 500 gramos oro para cada uno de los hermanos Diego Luis, Eneida Luz, Omaira del Socorro, Marjoris María, Manuel Alejandro e Irene Inés Arrieta Campo. El Banco de la República certificará el valor del gramo oro fino, precio interno, a la fecha de ejecutoria de este fallo.

Tercero: Condénase en concreto a la misma entidad a pagar a Alejandro Arturo Arrieta y María del Socorro Campo de Arrieta, la suma de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE, ($369.500.oo), por concepto de gastos médicos y de hospitalización de ésta última.

3) Deniéganse las demás súplicas.

4) Expídanse las copias para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fué estudiada y aprobada por la sala en su sesión del día 3 de Diciembre de 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo; Juan de Dios Montes Hernández; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

se probó que los ingresos que dice percibía Mario Ricardo sembrando algodón y otros productos eran rentas de trabajo y no de capital. En quinto, porque en los eventos en que se reclama indemnización por la muerte de un hijo y hermano, la jurisprudencia, con presunción de hombre, ha venido sosteniendo que esa ayuda solo se proyecta hasta la época en que la persona que la brindaba hubiera llegado a los 25 años, y esa era la edad que tenía al morir Mario Ricardo; y sexto, porque dadas las condiciones mentales de éste, su productividad hacia el futuro estaba seriamente comprometida y todo haría presumir que terminaría siendo más una carga para sus padres y hermanos que una ayuda.

Se confirmará si lo reclamado con los gastos médicos que debieron hacerse para la recuperación de la salud de la señora María Campo de Arrieta, por el valor probado de $369.500 ya que no existe objeción alguna a este respecto.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

1) Confírmase la sentencia de febrero 20 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Sucre en sus ordinales primero, cuarto, y quinto.

2) Modifícanse en los ordinales segundo y tercero, los que quedarán así:

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración, la nación Departamento de Seguridad - Das, pagará a los demandantes el equivalente en pesos colombianos de las siguientes sumas en gramos oro: 1.000 gramos oro para los señores Alejandro Arturo Arrieta M y María del Socorro Campo de Arrieta para cada uno; 500 gramos oro para cada uno de los hermanos Diego Luis, Eneida Luz, Omaira del Socorro, Marjoris María, Manuel Alejandro e Irene Inés Arrieta Campo. El Banco de la República certificará el valor del gramo oro fino, precio interno, a la fecha de ejecutoria de este fallo.

Tercero: Condénase en concreto a la misma entidad a pagar a Alejandro Arturo Arrieta y María del Socorro Campo de Arrieta, la suma de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE, ($369.500.oo), por concepto de gastos médicos y de hospitalización de ésta última.

3) Deniéganse las demás súplicas.

4) Expídanse las copias para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fué estudiada y aprobada por la sala en su sesión del día 3 de Diciembre de 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo; Juan de Dios Montes Hernández; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO/FUERZA MAYOR-Inexistencia

El accidente se debió a una falla de la administración y rebasa la denominada por los laboralistas "responsabilidad industrial". Si la creciente del río se dio en las horas de la noche, resulta inexcusable que el jefe inmediato del occiso, le hubiese ordenado trabajar, con el argumento de que las aguas del río habían bajado de nivel. El trabajador fallecido fue enviado a trabajar en condiciones completamente anormales, esto es, que excedían lo que eran los riesgos de su labor. Como el incidente se precipitó por una causa extraña a la tarea que debía cumplir el trabajador, la administración es responsable. Por lo anterior, tampoco tiene vocación de prosperidad la exención de fuerza mayor.

Consejo de Estado.-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Ref.: Expediente Nro. 7436 - APELACION- ACTOR: LEONOR VARGAS Y OTROS. DEMANDADO: EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE PEREIRA

-I-

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de APELACION interpuesto por el procurador judicial de la parte actora contra la sentencia calendada el día dos (2) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"1.- Leonor Vargas y otros presentaron demanda de reparación directa contra el establecimiento público municipal "Empresas Públicas de Pereira", con pretensiones acumuladas de que se indemnice de los perjuicios, que afirman, se les ocasionó con la muerte de Reinaldo García Acero, ocurrida el 19 de julio de 1990, en Pereira, cuando laboraba como obrero de una obra que el ente demandado construía a través de contratista".

"Los demandantes son: Leonor Vargas quien obra en nombre propio de los menores Ana Yolanda, Erika Yesenia, José Anyelo García Vargas y José Hermides Vargas; Ana Julia Acero Vda. de García, María Gladys García Acero.

"La parte demandada llamó en garantía a la "Compañía de Seguros Atlas S.A.".

"El petitum lo integran las siguientes pretensiones:

"Que se declare a las Empresas Públicas de Pereira a pagar a Leonor Vargas, Ana Yolanda, Erika Yecenia, José Anyelo García Vargas y José Hermides Vargas, por concepto de lucro cesante, con indemnización consolidada y futura, liquidados con base en un salario mensual de $60.000.oo, con descuento del 25%, correspondiendo a la primera el 50% y a los restantes el otro 50%".

"Que en consecuencia se condene a las Empresas Públicas de Pereira a pagar a cada uno de los demandantes el equivalente a 1.000 gramos oro, por concepto de perjuicios morales".

"2. Como hechos fundamento de las pretensiones se enuncian en la demanda, los siguientes:

"Reinaldo García era trabajador en una obra que adelantaban las Empresas Públicas, siendo la Sociedad "Delgado y Delgado y Cía Ltda." contratista. (hechos 1 y 2)".

"El 19 de julio de 1990 el señor García "se encontraba en el desempeño de sus labores, un muro en concreto ciclópeo de dos metros de altura, se derrumbó sobre la humanidad del obrero quien estaba taponando unos tubos empotrados en el mismo, causándole serias lesiones que le causaron la muerte.....", según lo señala la necropsia respectiva (hechos 3 y 4).

"La construcción es una actividad peligrosa, por lo cual la responsabilidad de las Empresas Públicas debe estudiarse "bajo la óptica del riesgo excepcional".

Además se dió falla en el servicio por "circunstancias tales, como la imprevisión del contratista o constructor en tomar especiales medidas de seguridad laboral en tareas como la que prestaba el occiso, dentro de una corriente acuática, a cuya presión se sometía el muro derrumbado....". Se agrega más adelante: "La muerte de Reinaldo García Acero, obedeció a un riesgo excepcional, al cual fué sometido o a una falla del servicio....." (hechos 5, 6, 7 y 9).

"Reinaldo García al morir tenía una supervivencia probable de 28 años. Era la víctima hijo de la demandante Ana Julia Acero, y por la época de la muerte vivía en unión libre, concubinaria, con la demandante Leonor Vargas, con quien tuvo los hijos Ana Yolanda, Erika Yesenia y José Anyelo. La compañera del fallecido y los hijos de éste nacieron en las fechas que se señala en la demanda hechos 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17).

"Cuando Reinaldo García Acero, comenzó su relación concubinaria con Leonor Vargas, ésta tenía un hijo recién nacido, de nombre José Hermides (inclusive acompañó a la madre, a la diligencia de registro de nacimiento), a quien ayudó a criar como un hijo, sosteniéndolo dentro del mismo hogar, junto con los hijos nacidos posteriormente, y en las mismas condiciones de cariño y protección. Tal menor era pues, su "hijo de crianza" equiparable para efectos indemnizatorios a sus otros hijos, como lo ha definido la jurisprudencia". El niño citado nació el 26 de enero de 1978 (hechos 13 y 18).

"Reinaldo García atendía con su salario de $60.000.oo mensuales a la subsistencia de su compañera y sus cuatro hijos, recursos de los que se vieron privados por su muerte (hecho 19)".

"Reinaldo García Acero mantuvo siempre con sus hermanas, actoras (sic) en este proceso, especiales vínculos de afecto, continuo trato y comunicación, por el hecho de estar viva la madre, centro de la familia" (hecho 22)".

"La relación de causalidad entre la muerte de Reinaldo García Acero, y los perjuicios causados con ella, de un lado, y la actividad del ente demandado, es evidente, palmaria e incontrovertible". (hecho 23)".....
.....
.....

CONSIDERACIONES

"1. El asunto por la naturaleza de la pretensión y la causa petendi que se hace consistir, por la demanda, en daño ocasionado por una conducta de la Administración (a través de contratista) que rebasó los riesgos propios o normales del servicio, es competencia de esta jurisdicción independientemente de la naturaleza del vínculo laboral de la víctima, y en virtud del cual se desempeñaba como obrero en la construcción de una obra de las Empresas Públicas. Por el lugar donde ocurrieron los hechos y por la cuantía de cada una de las pretensio-

nes, el equivalente en mayo 16 de 1991 a 1.000 gramos de oro, o sean $7.032.060. según certificación de folio 181, es el asunto de competencia de este Tribunal en primera instancia".

"2. Está probado suficientemente que Reinaldo García laboraba como obrero en la construcción de la bocatoma Nuevo Libaré, en el rio Otún. Esta obra era construída por un contratista, la Sociedad Delgado & Delgado Cía. Ltda.", por cuenta de las Empresas Públicas, según contrato 131-1989 (fls. 106 a 175). Estando en labores propias de su vinculación laboral el señor García sufrió un accidente, que le ocasionó la muerte. Igualmente está comprobado que su muerte fué consecuencia del accidente, así lo señala el protocolo de necropsia, según el cual la muerte "fué consecuencia natural y directa de insuficiencia respiratoria aguda, secundaria a sofocación....." (fl. 19). El fallecimiento se acreditó con prueba idónea (fl. 13) como lo es la certificación del Notario Primero de Pereira de que al folio 862819 está inscrito el deceso de Reinaldo García Acero ocurrido el 19 de julio de 1990".....
.....

"4. Se ha establecido por la jurisprudencia que la Administración es responsable extracontractualmente cuando un servidor publico perece, o sufre daño, con ocasión de sus labores propias de tal, y por fuera de los riesgos normales de su actividad. De manera que no es aplicable en tales hipótesis el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas, como lo es la construcción. La actividad a que esté vinculado el servidor público puede ser peligrosa, pero en ese caso, o cuando no lo sea, debe ser causado el daño por haber sido colocado dicho servidor por fuera de los riesgos normales de su actividad. Sobre este punto es pertinente recordar lo expuesto por el H. Consejo de Estado: "En otros términos, las prestaciones sociales tienen su origen en la vinculación del funcionario a los cuadros de la Administración, sea estatutaria o contractual ficta; el Estado las debe por esa relación; mientras que la causa de la indemnización es diferente y obedece a una falla del servicio, al rompimiento del principio de la igualdad o un **riesgo especial, entendiendo por éste no el de la actividad propia, que de por sí puede peligrosa, sino el que revista condiciones de excepcionalidad**....." (Sentencia 1458 de octubre 30/89, Sección Tercera Consejero Ponente Dr Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 5275 Extracto 94, Extractos Tomo VI, pág. 257 (Subrayas del Tribunal). No puede pues predicarse que en estos casos sea aplicable el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas, que consiste fundamentalmente en una presunción de responsabilidad susceptible de ser desvirtuada con prueba de ausencia de nexo de causalidad entre la actividad de la Administración y el daño. Exclúyendose expresamente el caso fortuito, que se relaciona más con el aspecto de la culpabilidad, y es lógica tal exclusión pues se trata de un régimen de responsabilidad sin culpa, por lo cual tampoco es eximente de aquella la demostración de ausencia de culpa. En resumen se tiene que cuando se pretende indemnización porque un servidor público sufrió daño con ocasión de sus labores propias de tal, la prosperidad de la pretensión resarcitoria requiere demostrar que el daño es imputable al Estado, por tener vínculo de causalidad con la conducta de las autorida-

des, por acción u omisión. Esa conducta ha de entenderse como causa cuando coloca al servidor público por encima de los riesgos normales de la actividad propia del servidor. Esa acción u omisión se configura así no se identifique o localice el agente autor, pues bien puede tratarse de una conducta institucional, anónima en cuanto a cuál o cuáles agentes de la Administración la realizaron.

"5.- Los anteriores planteamientos son válidos igualmente dentro del marco general de la responsabilidad estatal que establece el artículo 90 de la nueva Constitución, precepto que prescindiendo, como venía haciéndolo progresivamente la jurisprudencia, del criterio de la culpabilidad bajo los dos supuestos necesarios y suficientes: la antijuridicidad del daño, y el nexo de causalidad entre el daño y la conducta, por acción u omisión de las autoridades. La responsabilidad laboral, con indemnizaciones prefijadas, a forfait, y que se pueden cubrir a través de instituciones de seguridad social, o directamente. Cuando se trata de exigir resarcimiento del daño por haberse causado éste por fuera de los riesgos normales de la actividad al servidor público, se requiere prueba de esas condiciones por fuera de lo normal, sin que en este punto, por ser peligrosa la actividad se puedan presumir tales condiciones anormales. Debe quien les alega, conforme a las reglas de la carga de la prueba, acreditar su ocurrencia.

"6. Acerca de la obra que se construía y cual fué el accidente ocurrido, se conoce con certeza lo siguiente:

"Para construír la bocatoma se desvió parcialmente el curso del río, mediante el levantamiento de ataguía para secar el lecho del río en el sector donde se trabajaba".

"El sector de la ataguía donde ocurrió el accidente tenía: unos 18 metros de longitud, unos 4.50 metros de altura, unos 4 metros de ancho en la parte superior, siendo más ancha en la base con taludes "desarrollados en una proporción de uno (1) al dos y medio, o sea uno vertical y dos y medio horizontal más o menos".

"Cerca de la ataguía se construyó un muro de unos setenta centímetros de altura por unos seis metros de longitud, cimentado sobre una placa de concreto de unos 30 centímetros de espesor. Este muro tenía como función canalizar las pequeñas filtraciones de agua, un "lloradero" (fl. 96) de la ataguía para que no llegaran al sector seco del lecho del río donde se trabajaba".

"En el momento del accidente el señor García se dedicaba a taponar algunas filtraciones en el muro. En el ataguía se produjo un desprendimiento de unos 12 metros cúbicos de tierra, volumen que correspondía a unos 6 metros de longitud, por 1.50 metros contados desde la parte superior de la ataguía hacia abajo".

"El material desprendido golpeó el muro quebrándolo y voltiándolo. El muro al volcarse aprisionó de un pierna al señor García quien murió sofocado por el alud o material desprendido".

"7. Por qué ocurrió el desprendimiento de material, en un sector de uno de los flancos de la ataguía, es asunto que se puede tener por aclarado en el proceso, según la hipótesis o explicación más probable, que suministran los declarantes ingeniero civil Alberto Delgado socio de la Sociedad contratista (fl. 96), señor Néstor Puerta jefe inmediato de García en la obra (fl. 100), ingeniero civil Diego León Alzate jefe de Planeación de Alcantarillado de las Empresas Públicas e Interventor técnico de la obra (fl. 196). Según estos declarantes debió ocurrir una saturación de humedad de la ataguía por un fuerte aguacero de la noche anterior que elevó el nivel del río hasta alcanzar, por el costado diferente al donde ocurrió el desprendimiento, una altura que lo colocó a unos cincuenta centímetros de la parte superior de la ataguía, según las huellas dejadas por las aguas y que eran visibles en la mañana de la tragedia, cuando el río había ya descendido".

"8. La construcción, es una actividad peligrosa, como lo ha definido la jurisprudencia. Ella implica riesgos para terceros, entre ellos principalmente para quienes participan en ella. Cabe, a esta altura de las consideraciones, inquirir si el accidente lo padeció el señor García, como obrero de la construcción, por haber desarrollado su labor dentro de una situación de riesgo mayor que el normal o propio de la actividad constructora. El que se obtuviera información o explicación técnica de la causa del derrumbe no implica o significa, por si lo, que haya una conducta temeraria o negligente de la Administración. No aparece en el proceso prueba, aún así fuera meramente indiciaria, que el hecho de observarse huellas de la altura alcanzada por las aguas en la noche anterior, hiciera previsible que se presentaría desprendimiento de material desde la parte superior de aquella. Los declarantes atrás citados (ingenieros Delgado, Alzate y señor Puerta) de quienes se ha aceptado la explicación que suministran, han manifestado que no era de suponer tal cosa. Es cierto que se trata de testigos vinculados a la obra, en quienes se puede sospechar interés (art. 217 C.P.C.). Pero si se desechan sus declaraciones quedaría el proceso huérfano de cualquier prueba de cómo y por qué ocurrió el accidente, y estaría entonces de sobra la pregunta si ello era un riesgo por fuera del propio de la actividad constructora".

"No aparece prueba que permitiera inferir en la construcción de la ataguía errores de cálculo, de construcción, en el empleo de materiales etc., o fuese un medio inapropiado de desviación del río, que se constituyese así en incremento de los riesgos propios de la actividad de construcción que es de suyo peligrosa".

"Como atrás se expuso, cuando se reclama resarcimiento, por haber perecido o sufrido daño un servidor de la Administración en desarrollo de las labores

propias de su actividad como tal, se requiere que el daño se haya causado por fuera de los riesgos normales de la actividad, la que puede ser de suyo peligrosa. El hecho que la actividad sea peligrosa no hace presumir que se hayan dado tales circunstancias. Debe quien las alega, conforme a las reglas de la carga de la prueba, acreditar su existencia. En el caso sub-judice no se produjo tal prueba por lo cual no pueden prosperar las pretensiones de los actores". (fls. 269-284 Cdno. No. 1)".

-II- SUSTENTACION DEL RECURSO:

A folios 286 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, obra el escrito en que el apoderado de los demandantes hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

"Fué normal a la actividad el riesgo que corría García Acero y que causó su muerte?.

"No es convincente lo que la sentencia expone cómo y porqué sucedió el mortal accidente, y sobre la inexistencia de un riesgo superior al normal de la actividad. Resulta muy forzada la conclusión absolutoria".

"Consideramos oportuno repetir lo que sobre el particular dijimos, a manera de conclusiones después de examinar el acervo probatorio, en el alegato de bien probado".

"García Acero se encontraba en labores propias de su trabajo".

"El muro que se derrumbó tenía por objeto desviar aguas".

"El trincho principal o ataguía al saturarse se debilitó se derrumbó y una parte de su material golpeó al muro, volándolo".

"El Trincho, ataguía, está formado con tierra y piedras". "El fuerte aguacero ocurrió durante la noche anterior. o sea, que transcurrieron varias horas, un buen lapso, entre su ocurrencia y la del volcamiento o derrumbe del muro, y aún la de iniciación de labores por los contratistas".

"El testigo Alberto Delgado se contradice pues mientras primero habla de que los niveles de crecimiento del río, como el que llegó esa noche, no se esperaban por esa época, luego dice que el trincho que se rompió, que se saturó, ya había sufrido ataques de crecientes similares o mayores".

"Se deduce que entonces sí era previsible que hubiera crecientes en ese río y lugar".

"Saturar, en física, es una impregnación de fluído hasta el punto de no admitirse mayor cantidad del mismo. En nuestro caso, hubo saturación del material que conformaba el trincho o ataguía, cuya base era tierra".

"La saturación fué elevado, y era observable, percibible".

"Accidentes como el ocurrido son posibles cuando hay ese tipo de crecientes".

"La creciente y la saturación ocurrieron en horas de la noche. No se infirmó a los contratistas de la creciente. Pero por las señas supieron de su ocurrencia (percibieron el depósito de materiales de arrastre)".

"Supusieron (y con qué resultados) que no había habido saturación (y la consiguiente debilitación) del trincho. Porque de haberla percibido lógico es esperar que previeran sus consecuencias PREVISIBLES sobre un material como el de ataguía".

"Por esa misma confianza, no examinaron el trincho".

"Esa confianza comportó negligencia, imprevisión, imprudencia, descuido, culpa".

"García Acero fué mandado a laborar cerca al muro, sin previo exámen del trincho por sus superiores, pese a que se supo de la creciente y del depósito de materiales de arrastre, y pese a que debería haberse percibido la elevada saturación".

"El fuerte aguacero ocurrió durante la noche anterior. El accidente lo fué entre las ocho y diez de la mañana".

"O sea, que lo "subitánea" de la creciente debe predicarse en relación a la noche anterior, pero no a los momentos de inicio de labores o a los previos cercanos (sic) al accidente".

"Hubo saturación de humedad de la ataguía (tierra y piedras). Consecuencia obvia de la creciente"

"El nivel de las aguas, según el testigo Puerta, había bajado. Pero no el de la saturación".

"Puerta consideró que en tales condiciones se podía trabajar. Fatal equivocación. Exceso de confianza. Negligencia. Imprevisión".

"No hubo falla esencial al muro. Falló la ataguía, cuyos componentes golpearon aquél".

"Por qué no es posible considerar la saturación, el grado de humedad, fenómenos físicos, máxime teniendo en cuenta los materiales que formaban la ataguía?. No lo dice Puerta".

"No era previsible o predecible la saturación, dada la creciente?. Cuál razón lógica lo indica?.

"Deben repararse dos hechos: el aguacero (no imprevisible del todo, si recordamos lo que dijo el Ingeniero Delgado sobre crecientes anteriores), y la saturación de la ataguía. Esta sí es perfectamente previsible. Por la naturaleza de la labor en el agua. Por la misma conformación del trincho".

"La revisión, si la hubo, fué visual. No mecánica o con pruebas de resistencia. Y solamente, según Puerta, para mirar si el río se había metido por el margen derecho. No para constatar el estado de la ataguía. El de saturación, perfectamente esperable dada la creciente".

"No era previsible o predecible que la saturación debilitara el trincho (formado por tierra) hasta derrumbarlo?. No lo dicen Puerta ni Delgado. Pero es lógico contestar que sí".

"El testigo Alzate, empleado del ente demandado, no coincide con Delgado y con Puerta en cuanto al nivel de las aguas en el momento del accidente. El lo vió muy alto, muy grande. Los otros dicen que había bajado. Que estaba seco, inclusive dice Delgado".

"Se observa entonces una imprudencia de Puerta, el maestro de obras, al ordenar los trabajos, a García, en esas condiciones".

"Las señas en la ataguía indicaban que la creciente había sido grande, el nivel alto, altísimo. Casi supera la ataguía".

"El manejo de aguas es una labor compleja dentro de una obra como la que efectuaba "Delgado y Delgado" por cuenta de las Empresas Públicas. La más compleja de la obra, dice Alzate".

"El volumen de lo derrumbado es de gran tamaño (12 metros cúbicos, que sepultaron, sofocaron, a García Acero). Lo que presume que la saturación no era un hecho banal o desechable o imperceptible. Fué grande y fuerte".

"Si no se esperaba aumento de caudal, porqué Delgado habla de anteriores crecientes y mayores?".

"Había infiltraciones en la ataguía. Desde antes de la creciente. Por ello, la necesidad de construir el muro".

"Hubo una "lesión", una "antijuridicidad objetiva", la muerte de García Acero, que genera responsabilidad administrativa, que causó perjuicios a los actores y está ligada causalmente con una actividad del ente público demandado".

"Es más creíble, por ser el interventor, lo que dice el Ing. Alzate sobre el nivel de las aguas en el momento del accidente, que lo que dicen Puerta y Delgado, tratando quizás de justificar su desidia".

"Hubo, pues, imprudencia, al ordenar trabajar bajo tales condiciones".

"Aunque era época de verano o de pocas lluvias, según los testigos ya había habido crecientes y mayores. No era pues impredecible la ocurrencia de otra".

"Era absolutamente previsible la saturación, y por consiguiente, sus efectos, ese tipo de accidentes. Especialmente dada la conformación de los materiales de la ataguía".

"No hubo examen concienzudo y directo del estado de la ataguía, de su obvia saturación. Sólo uno visual y para otro objeto. A pesar de las señas que dejó la creciente".

"Hubo exceso de confianza en que la saturación no debilitaría la ataguía. Por parte de Puerta, encargado inmediato esa mañana, quien representaba a los contratistas. No esperó ni a Delgado ni a Alzate".

"El aguacero fué súbito, la noche anterior. Pero la saturación, consecuencia de aquél, no lo es. Es un proceso. Puede preverse. y ante todo, observarse, para prevenir sus efectos".

"La labor de construcción dentro del agua, el manejo de éstas, es complejo. O sea, que requiere especial cuidado. Especiales precauciones. Hubo negligencia, imprevisión, al no preverse los efectos de la saturación sobre el trincho. Efectos previsibles cuando de manejo de aguas se trata".

"Previsibles y resistibles, bien suspendiendo labores, o revisándo el trincho y fortaleciendolo. Sentido común".

"Mandar un obrero a trabajar sin ese exámen previo, fué verdaderamente mandarlo, como dice el vulgo, "a la guerra". Inhumanidad".

"Muestra, como lo ha dicho la jurisprudencia, olvido de que la vida de la persona está por encima de cualquier consideración. La del hombre, de cualquier hombre, la de todos los hombres".

"Desde cualquier perspectiva, "teoría de la lesión", falla presunta, falla comprobada, teoría del riesgo, riesgo especial, en el proceso presente refulge la responsabilidad administrativa".

"Todas estas consideraciones, aunadas al resto de las presentadas en el anterior alegato, nos permiten afirmar que el riesgo al cual fué sometido García Acero no era el normal de la actividad, y que no existió fuerza mayor o caso fortuito".

"Actividad que por ser peligrosa hacia presumir el riesgo especial, quedando a cargo del demandado probar que lo sucedido fué consecuencia del normal riesgo, y no de uno excepcional, que además de presumido, aunque no lo fuera quedó comprobado en el proceso".

-III- CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será revocada, pues el **ad-quem** no hace suya la perspectiva jurídica que manejó el tribunal.

En el caso **sub-exámine** quedó debidamente demostrada la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica basta retener, en lo sustancial lo expuesto por los declarantes señores ALBERTO DELGADO SEPULVEDA (C 1, fol 95), NESTOR PUERTA AGUDELO (C. 1 fol. 100) y DIEGO LEON ALZATE (9C 1, fol. 184) quienes ilustran al sentenciador dentro del siguiente marco:

ALBERTO DELGADO SEPULVEDA

Ingeniero Civil, Contratista de Obra, Gerente y Socio de la firma Delgado y Delgado y Cía Ltda., sociedad con la cual las Empresas Municipales de Pereira suscribieron el contrato, dijo:

"El Señor se encontraba haciendo el taponamiento de unas filtraciones o lloraderos de un muro que se que se había construido para desviar las aguas que se infiltraban por la estructura del trincho principal. En el momento en que el señor estaba taponando se produjo un deslizamiento de parte del material del trincho, el cual produjo un volcamiento del muro. Esa fue la causa de la muerte del Sr. García. Yo fuí el contratista de la Obra Construcción de la bocatoma.....fuimos a la obra con el propósito de observar las situaciones, las posibles situaciones que habían ocasionado derrumbe y encontramos que durante la noche anterior el río había alcanzado unos niveles de crecimiento que no se esperaban por esa época, ya que en los registros que se tenía de caudales del río Otún permanecía en lo niveles más bajo de caudal por esa época y en épocas similares anteriormente, en años anteriores. Ese crecimiento súbito del río produjo saturación del material que conformaba el trincho, y en el momento de estar taponando el lloradero del muro se produjo un derrumbe de elevada saturación del trincho.....Como la creciente se presentó en horas de la noche nosotros no teníamos trabajos en turno nocturno, por tanto no se nos informó acerca de esta creciente, nosotros nos dimos cuenta de dicha creciente por el depósito de materiales de arrastre que deja el río, y esa creciente no necesariamente implicaba los riesgos para que esto sucediera, pues ese trincho sufrió

ataques de crecientes similares o mayores sin haber presentado derrumbes como el que se presentó ese día.....La causa que motivó el volcamiento del muro fue el empuje ocasionado por el derrumbe del trincho o ataguía de encauzamiento de las aguas del río Otún, esa es la causa que en últimas tumbó el muro. El trincho es una represa provisional que se hace con material del lecho del río para desviar el río, como ese trincho presenta filtraciones se construyó ese muro, se construye eventualmente, para canalizar esas pequeñas filtraciones y así entubarlas hasta un sitio donde no entorpezcan el trabajo..... La zona de trabajo en el momento del accidente se encontraba prácticamente seca....." (Subrayas de Sala).

NESTOR PUERTA AGUDELO

Técnico Constructor, Jefe inmediato del occiso Señor Reinaldo García, ilustra al fallador dentro de la siguiente óptica:

"A eso de las 8 de la mañana se envió o mandó a taponar unos drenajes que tenía un muro de contención en concreto ciclópeo de 1.70 mts. de altura por 13 metros de longitud aproximadamente, el cual tenía el grueso y las especificaciones técnicas adecuadas para sostener cierta cantidad de agua y talud necesarios para lo que requeríamos que era el taponamiento y desvío de agua. La noche anterior al hecho se presentó un aguacero bastante fuerte el cual ocasionó la subida de los niveles normales de agua en que habíamos trabajado en esos días, el cual saturó la ataguía que había a mano izquierda del muro, aguas abajo, especifico, la saturó la humedad. En el momento en que se envió al Sr. García a taponar los drenajes de dicho muro ya el agua había bajado de nivel el cual CONSIDERE SE PODIA TRABAJAR. Este accidente ocurrió entre ocho (8) y diez (10 a.m.) aproximadamente así: La ataguía o montaña de piedras y conglomerado que se encontraba al lado izquierdo aguas abajo se derrumbó golpeando la pata del muro; en mi concepto debido a la saturación del terreno, lo cual es muy difícil de considerar debido a que la noche anterior ocurrió algo anormal a lo que había estado sucediendo climatéricamente en esa época. El golpe de las piedras tan grandes considero fué lo que ocasionó el rompimiento del muro, el cual se partió en unas cuatro o cinco plaquetas, una de las cuales le cayó encima al Sr. García..... En mi calidad de contratista de mano de obra, lo había contratado yo.....Yo era contratista de la firma Delgado y Delgado y a su vez Delgado y Delgado era el administrador delegado de Empresas Públicas de Pereira.....PREGUNTADO: Díganos si era previsible o no el riesgo? CONTESTO: Es muy difícil que fuera previsible ya que fué una cuestión climatérica fuera de lo normal en esos días de trabajo y considerando el grado de humedad y de saturación de la ataguía, más difícil aún ..... considero que el nivel del río estaba en condiciones de trabajo, es decir el agua ya había bajado lo suficiente como para dejarnos trabajar al otro margen del río.....El caudal del río aumentó en las horas de la noche, la ataguía tenía la suficiente altura para evitar que el río se nos metiera por el margen derecho y antes de que el personal se sometiera a las labores cotidianas las cuales se iniciaban a las 7 y media a.m., SE HIZO LA INSPECCION VISUAL DEL TERRENO, notándose

que el río en ningún momento se había metido por el lado derecho.....PREGUNTADO: Sírvase decir si de acuerdo con su experiencia en la construcción, el trincho levantado por el caudal usual o común del río y las tablas del HIMAT conocidas por los constructores constituía una defensa suficiente para evitar el paso del agua o el ingreso del río a la margen en la cual se trabajaba?. CONTESTO: Considero que sí, e incluso para soportar las crecientes que se presentaran en un determinado momento en que el personal estuviera laborando en e otro margen del río. Lo que sucedió fue algo impredecible en mi concepto porque existió fue ya una saturación de humedad de dicho talud o ataguía.....".

DIEGO LEON ALZATE OSPINA

Ingeniero Civil, Interventor Técnico de la Obra, discurrió en su declaración, en lo sustancial, dentro del siguiente temperamento:

".....me explicó el maestro de obras Nestor Puerta, que a Reinaldo lo había mandado a colocar un tapón en un drenaje que había en la pata de un muro de contención que se había construido para detener las infiltraciones que aparecían en la base de la ataguía principal; el muro estaba un poco desligado de la base y su objeto era, aprovechando que era una época de verano con caudales tan mínimos que hacían muchos años no se habían presentado en el río.....explicaban también en la obra que por ahí a las 10 de la noche anterior, había empezado a llover y había llovido por varias horas, hasta el amanecer inclusive; en el momento en que yo llegué EL CAUDAL DEL RIO ESTABA TODAVIA MUY ALTO, MUY GRANDE Y HABIA MUESTRAS EN LA ATAGUIA DE QUE HABIA ALCANZADO LA ALTURA CASI DE 50 CENTIMETROS POR DEBAJO DE LA PARTE MAS ALTA DE LA ATAGUIA, técnicamente la causa de la falla del muro, como se puede apreciar, COMO PUDE APRECIAR, fué que en el momento en que el Señor Reinaldo estaba poniendo el tapón, por el alto nivel que habían alcanzado las aguas del río habían saturado el material de la ataguía y se notaba la línea de falla de un sector de la ataguía, el cual impactó al muro, lo hizo fallar y cayó encima del señor.....Creo que el señor al estar agachado poniendo los tapones no alcanzó a percatarse del movimiento del pedazo del derrumbe y cuando se dió cuenta de que el muro se le vino encima trató de moverse, pero siempre fué atrapado por el muro que falló; el Sr. que estaba con él alcanzó a correr, únicamente le alcanzó a coger un pie.....". (Subrayas de Sala).

Dentro del marco probatorio anterior la Sala encuentra que en el caso en comento se dió la falla del servicio, que genera la responsabilidad de indemnizar. El accidente que sufrió el señor REINALDO GARCIA ACERO se debió a una falla de la administración y rebasa la denominada por los laboralistas "RESPONSABILIDAD INDUSTRIAL". Si la creciente del río se dio en las horas de la noche, como lo exponen todos los declarantes, resulta inexcusable que el señor NESTOR PUERTA AGUDELO, Jefe inmediato del occiso, le hubiese ordenado trabajar, con el argumento de que las aguas del río habían bajado de nivel como lo dijo el citado declarante.

En este momento del discurso parece conveniente confrontar lo expuesto por el Señor Puerta Agudelo, con lo relatado por el Dr. Diego León Alzate Ospina, Interventor Técnico de la obra, quien en su declaración dijo:

> "....en el momento en que yo llegué el CAUDAL DEL RIO ESTABA TODAVIA MUY ALTO, MUY GRANDE....".

Aquí se recuerda que el Dr. Alzate Ospina llegó al sitio de la tragedia varias horas después de ocurrida. Para la Sala este testimonio tiene fuerza de convicción, y por ello da por probado que el trabajador fallecido fué enviado a trabajar en condiciones completamente anormales, esto es, que excedían lo que eran los riesgos de su labor. pero es más: Dando por probado que el río había aumentado de caudal la noche anterior, qué causa, motivó o razón explica que no se hubiese verificado, antes de iniciar las labores diarias, el ESTADO DE SATURACION DEL TRINCHO?. Resulta esta tarea realmente imposible?. No lo cree así el **ad-quem** pues todo indica que es una labor de simple observación. Lo que resulta inaceptable e inexcusable, se repite, es que el Técnico Constructor, Señor Nestor Puerta Agudelo se hubiese limitado a hacer una "INSPECCION VISUAL DEL TERRENO", como lo dijo en su declaración, con lo cual incurrió en un error de conducta, en el cual no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias. Por lo demás, dadas sus condiciones personales de TECNICO y de JEFE INMEDIATO del finado, se le exige un comportamiento mejor, más calificado que el que podría demandarse de otra persona que no tuviera esas condiciones personales. Lo que ocurre y se lamenta en casos como el presente, es que los técnicos muchas veces se limitan a serlo, pero sólo en la nómina y no en el comportamiento. Lo propio ocurre con los llamados INTERVENTORES, que normalmente son sorprendidos con las tragedias cuando están fuera de la sede. Por ello se tienen que IMAGINAR las cosas como lo confiesa el Dr. ALZATE OSPINA cuando en su declaración expresa:

> "Yo considero como Ingeniero y como lo que se diseñó que el talud de la ataguía tiene su ángulo de reposo normal que garantiza su estabilidad y **ME IMAGINO** que en una forma puntual y fortuito se vino ese pedacito, el derrumbe no fue generalizado....." (Subrayas de la Sala).

Por todo lo que se deja expuesto, la Sala no acoge la tesis del tribunal cuando afirma que siendo la construcción una actividad peligrosa, el trabajador pereció desarrollando la tarea que le estaba asignada. No se puede olvidar que él estaba "taponando el lloradero del muro", como lo testimonio el Dr. Alberto Delgado Sepúlveda y no verificando o controlando el comportamiento del trincho, ni las consecuencias que había dejado la creciente del río en la noche anterior a la tragedia. Como el incidente se precipitó por una causa extraña a la tarea que debía cumplir el trabajador, la administración es responsable. por todo lo anterior, tampoco tiene vocación de prosperidad la excepción de fuerza mayor.

Sobre la materia que se estudia parece conveniente recordar las enseñanzas del Profesor Alvaro Pérez Vives, cuando predica:

"189. D) La responsabilidad por el hecho de las cosas y los accidentes de trabajo.- Al estudiar la obligación de seguridad en determinados contratos, surge cómo las relaciones laborales pueden generar una obligación de indemnizar con fundamento en la culpa extracontractual civil, además de la proveniente del riesgo, consagrado como base de la reparación en la ley laboral (6a. de 1945, art. 12, inciso 2o. ordinal a, y decr. leg. 3743 de 1950, art. 11)".

"En efecto, puesto que el deber de indemnizar establecido por las leyes sobre accidentes de trabajo es limitado, y puesto que su fundamento es la llamada responsabilidad industrial (riesgo industrial), nada obsta para que el trabajador o sus causahabientes, amparándose en las reglas que gobiernan la responsabilidad extracontractual, acrediten la culpa del patrono u obliguen a éste a reparar la totalidad del daño causado". (Teoría General de las Obligaciones. Vol. II, Tercera Edición, Editorial Temis, 1968, pag. 187).

B) Dentro del proceso acreditaron estar legitimados por activa ANA JULIA ACERO (madre); LEONOR VARGAS (compañera permanente), MARIA GLADYS GARCIA ACERO (hermana) y ANA YOLANDA, ERIKA YESENIA y JOSE ANGELO GARCIA VARGAS (hijos extramatrimoniales) debidamente reconocidos por el occiso.

No ocurre lo propio en relación con JOSE HERMIDES VARGAS, pues por parte alguna aparece que el padre lo haya reconocido en vida. Si se lee el Registro de Nacimiento que obra al folio 9 del cuaderno No. 1, se vivencia que en el citado documento se registró como padre a una persona de nombre ELADIO, sin indicar siquiera sus apellidos ni la identificación correspondiente. Esta circunstancia lleva a la Sala a denegar las pretensiones de este demandante.

Por concepto de perjuicios morales se condenará a las Empresas Públicas de Pereira a pagar, a las personas que a continuación se enlistan, las siguientes cantidades de oro fino, que se cubrirán con el predio nacional que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada la presente sentencia.

A ANA JULIA ACERO (madre), mil gramos de oro fino (1.000);

A LEONOR VARGAS (Compañera Permanente), mil gramos de oro fino (1.000);

A ANA YOLANDA, ERIKA YESENIA Y JOSE ANYELO GARCIA VARGAS (hijos), mil gramos (1.000) de oro fino para cada uno;

A MARIA GLADYS GARCIA ACERO (hermana), trescientos gramos (300) de oro fino.

Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, se condenará a las Empresas Públicas de Pereira a pagar las sumas de dinero que mas adelante se indican, montos que se han determinado siguiendo las siguientes pautas:

PRIMERA: Se tomó en consideración el salario mínimo vigente para el año de mil novecientos noventa (1990), momento en el tiempo físico en que ocurrió la tragedia;

SEGUNDA: Del monto anterior se ha descontado un veinticinco por ciento (25%), que es la suma que se considera que el occiso dedicaba para atender a su propia subsistencia;

TERCERA: El setenta y cinco por ciento (75%) restante, se ha dividido en cuatro partes iguales que se distribuyen entre la compañera permanente señora LEONOR VARGAS y los tres hijos del finado. La parte de la señora LEONOR VARGAS se liquida hasta el momento en que se considera que el menor de los hijos arribe a la mayoría de edad, teniendo en cuenta la pauta jurisprudencial dada en sentencia de 29 de noviembre de 1991, Actor MARIA EMMA BENAVIDES, Exp. 6510.

CUARTA: Se actualizó la condena, tal como se dió en la demanda, siguiendo para ello las pautas fijadas en la jurisprudencia de la Corporación. El período vencido corre desde el día 19 de julio de 1990 hasta el 31 de octubre de 1992. El futuro entre el 1o. de noviembre de 1992 y los momentos existenciales indicados en la pauta anterior.

Dentro del marco anterior, la condena por perjuicios materiales se concreta así:

1-) Salario $41.025.oo

75% $30.765.oo

2-) Se indemnizará hasta la fecha en que los menores cumplan 18 años, así:

a- Ana Yolanda - nació el 18 de julio de 1983, cumple 18 años - el 18 de julio de 2.001.

b- ErikaYesenia - nació el 16 de agosto de 1981, cumple 18 años el 16 de agosto de 1999;

c- José Anyelo - nació el 19 de junio de 1979, cumple 18 años el 19 de junio de 1997.

d- La indemnización de la madre va hasta el 18 de julio de 2.001 fecha en que el menor de los hijos alcanza la mayoría de edad.

3-) Se actualiza la renta con la fórmula:

$$Ra = \frac{\text{Indice Final - oct. 31/92}}{\text{Indice Inicial - Julio 19/90}}$$

$$Ra = R \times \frac{260.57}{150.06}$$

Ra = $53.421.53

4-) Se liquidan dos períodos:

a- Causado, vencido o consolidado:

Transcurre desde el día de los hechos -19 de julio de 1990 -hasta el 31 de octubre de 1992. Aplicando en la fórmula propia para obtener este período, tenemos:

$$S = \$53.421.53 \frac{(1 + i)^{27.4} - 1}{i}$$

S = $1.561.780.13

S para cada uno = $390.445.03.

b- Futuro o causado:

Para LEONOR VARGAS:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^{92.6} - 1}{i (1 + i)^{92.6}}$$

$$S = Ra \frac{0.5676708}{0.00762985}$$

S = $993.657.74

Para ANA YOLANDA:

S = $993.657.74

Para ERIKA YESENIA:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^{81.53} - 1}{i (1 + i)^{81.53}}$$

$$S = Ra \frac{0.4856375}{0.0072306}$$

S = $897.003.48

Para JOSE ANYELO:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^{55.63} - 1}{i (1 + i)^{55.63}}$$

$$S = Ra \frac{0.3100882}{0.0063762}$$

S = $649.500.60

RESUMEN INDEMNIZACIONES.

1-) Para la compañera Leonor Vargas la suma de UN MILLON TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO DOS PESOS CON OCHENTA CENTAVOS ($1.384.102.80);

2-) Para ANA YOLANDA la suma de UN MILLON TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO DOS PESOS CON OCHENTA CENTAVOS ($1.384.102.80);

3-) Para ERIKA YESENIA la suma de UN MILLON DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($1.287.448.50); y

4-) Para JOSE ANYELO, la suma de UN MILLON TREINTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($1.039.945.60).

C) Como la Compañía de Seguros Atlas S.A., fué llamada en garantía, se dispondrá que pague a las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, el monto de los perjuicios materiales y morales fijados en esta sentencia, pero con sujeción a lo acordado entre las partes en el contrato de seguros de Responsabilidad Civil Extracontractual Número 4556 (Póliza), respetando el deducible contemplado en el citado acto jurídico.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: REVOCASE la sentencia calendada el día dos () de abril de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso de rubro, y, en su lugar, **RESUELVE:**

A) No prosperan las excepciones propuestas;

B) DECLARASE administrativamente responsable a las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, de la muerte del señor REINALDO GARCIA ACERO, ocurrida el día 19 de julio de mil novecientos noventa (1990), en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, a que se hizo referencia en los considerandos de este fallo;

C) Como consecuencia de la declaración anterior se condena a las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA a pagar, por concepto de perjuicios morales, y a las personas que a continuación se indican, las siguientes cantidades de oro fino:

A ANA JULIA ACERO (madre), mil gramos (1.000) de oro;

A LEONOR VARGAS (Compañera Permanente), mil gramos de oro;

A ANA YOLANDA, ERIKA YESENIA y JOSE ANYELO GARCIA VARGAS (hijos) mil gramos (1.000) de oro para cada uno;

A MARIA GLADYS GARCIA ACERO (hermana) trescientos (300) gramos de oro.

Las cantidades de oro se deberán cubrir con el precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada la presente sentencia;

CONDENASE, igualmente, a las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, a pagar por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, y a las personas que a continuación se indican, las siguientes sumas de dinero:

A LEONOR VARGAS (Compañera Permanente), la suma de UN MILLON TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO DOS PESOS CON OCHENTA CENTAVOS ($1.384.102.80);

A ANA YOLANDA GARCIA VARGAS (hija) la suma de UN MILLON TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO DOS PESOS CON OCHENTA CENTAVOS ($1.384.102.80);

A ERIKA YESENIA GARCIA VARGAS la suma de UN MILLON DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($1.287.448.50); y

A JOSE ANYELO GARCIA VARGAS, la suma de UN MILLON TREINTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($1.039.945.60).

D) CONDENASE a la Compañía de SEGUROS ATLAS S.A. a responder por el monto de la condena que se recoge en esta sentencia, y que pague las EMPRESAS PUBLICAS DE PEREIRA, con sujeción a lo acordado en la Póliza No. 4556, respetando el deducible por UN MILLON DE PESOS ($1.000.000.oo);

E) Deniéganse las pretensiones de JOSE HERMIDES VARGAS, por falta de legitimación de la causa;

F) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda;

G) A esta sentencia se le deberá dar cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C. Administrativo. Para tal fin, expídanse las copias del fallo, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

SEGUNDO: Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Aceptando que no fué la policía la que lesionó al occiso, sino que éste, dado su estado de embriaguez, se hirió y golpeó al perder su estabilidad, se daría igualmente la falla del servicio por no haber permitido que a una persona que tenía la "cabeza golpeada ...botando sangre por la nariz y por los oídos" con "la mandíbula descolgada" y con "un hueco detrás de la oreja", se le atendiera de urgencia en un centro hospitalario. El Estado puede utilizar, con toda energía, dentro de los límites impuestos por el principio de proporcionalidad, todos los medios de que dispone para impedir que el hombre realice conductas antijurídicas, pero no tiene el poder de segar la vida ni de torturar al ser humano. La autoridad no es en su contenido social una fuerza física. Los integrantes de la fuerza pública deben actuar siempre con la especial consideración que él demanda.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Santafé de Bogotá, D.C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Ref.: EXPEDIENTE Nº 7396 - APELACION - ACTOR: María Alba López de Torrez y otros. Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar de apelación interpuesto por el procura-

dor judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que en su parte resolutiva,

D I S P U S O:

"1.- DECLARAR ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE A LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL- por la muerte violenta del señor JOSE GERARDO TORRES LOPEZ, ocurrida en ésta ciudad el día 11 de Marzo de 1990.

"2.- Como consecuencia de la declaración anterior, CONDENASE A LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL- a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS a las siguientes personas: Al señor RAMON ELIAS TORRES ARIAS y MARIA ALBA LOPEZ DE TORRES en su condición de padres; a la señora ELIZABETH CORREA en su carácter de compañera y a la menor ELIZABETH TORRES CORREA en su calidad de hija extramatrimonial del occiso, el equivalente a UN MIL (1.000) GRAMOS ORO para cada una.

"A ALBA LUCIA, JOSE NORBERTO, MARIA RUBIELA, LUCILA, JESUS MARIA y ANA MERCEDES TORRES LOPEZ en su condición de hermanos, el equivalente a QUINIENTOS (500) GRAMOS ORO, para cada uno.

"Los anteriores valores se tasarán según certificado del Banco de la República, sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"3.- Igualmente CONDENASE IN GENERE a LA NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL- A PAGAR a la señora MARIA ALBA LOPEZ DE TORRES, en su condición de madre; a la señora ELIZABETH CORREA en su carácter de compañera permanente y a la menor ELIZABETH TORRES CORREA, por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, la suma que se determine en el procedimiento incidental de liquidación previsto en los artículos 172 del C.C.A. y 135 y ss. del C. de P. Civil, para lo cual se atenderán las pautas señaladas en las motivaciones que anteceden.

"Las demandantes beneficiadas con ésta condena, deberán presentar el escrito de liquidación, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la providencia que ordene estarse a lo resulto por el Superior.

"4.- Esta condena se cumplirá en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"5.- CONSULTESE CON EL SUPERIOR." (Fls. 139-141 Cdno. #1).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Los señores RAMON ELIAS TORRES ARIAS Y MARIA ALBA LOPEZ DE TORRES, en su condición de padres; Alba Lucía, José Norberto, María Rubiela, Lucila, Jesús María y Ana Mercedes Torres López, en su carácter de hermanos; Elizabeth Correa en su propio nombre, como compañera y como representante legal de su menor hija Elizabeth Torres Correa, todos mediante Apoderado demandan a la Nación -Ministerio de Defensa- Policía Nacional- para que, y previos los trámites de un proceso ordinario de Reparación Directa, en sentencia se la declare administrativamente responsable de los perjuicios morales y materiales, ocasionados a raíz de la muerte violenta del señor JOSE GERARDO TORRES LOPEZ, acaecida en esta ciudad el día 11 de marzo de 1990.

"Como H E C H O S se sintetizan los siguientes:

"1.- Los Señores Ramón Elías Torres Arias y María Alba López Restrepo, contrajeron matrimonio católico el día 10 de diciembre de 1951, matrimonio dentro del cual procrearon a José Gerardo, Alba Lucía, José Norberto, Jesús María, Lucila, María Rubiela y Ana Mercedes.

"2._ La familia Torres-López, vivió durante varios años en la población de Apía (R.) hasta el año 70 en que se radicaron en esta ciudad, viviendo bajo un mismo techo, demostrando gran unidad y solidaridad familiar, corriendo el mantenimiento de la familia a cargo de los padres y hermanos mayores.

"3.- Por razones de trabajo y matrimonio, la mayoría de los hermanos se retiraron del hogar, sin que esto afectara la unidad familiar, pues constantemente visitaban a sus padres y se reunían compartiendo alegrías y tristezas, ayudándose económicamente en todo lo que fuera necesario.

"4.- José Gerardo decidió unirse libremente con Elizabeth Correa a partir del año 1980. llevando a su compañera a vivir con él a la misma casa de sus padres, conformando un nuevo hogar, del cual no participó su padre, por cuanto había tenido algunas desaveniencias con su esposa. Sin embargo, continuó visitándolos con frecuencia ya que conservaba y demostraba un afecto especial por José Gerardo.

"5.- De la Unión Libre de José Gerardo y Elizabeth, nació Elizabeth, el día 6 de Noviembre de 1986, siendo reconocida como su hija extramatrimonial, por su padre.

"6.- El occiso desde hacia tiempo venía manejando un bus del servicio urbano, y como remuneración le correspondía la mitad del producido, lo cual le dejaba un promedio de utilidad mensual equivalente a la suma de $200.000.oo, dinero que destinaba a su propio sostenimiento, el de su madre, el de su compañera permanente y el de su hija.

"7.- "En la noche del 10 de marzo de 1990, época preelectoral, JOSE GERARDO transitaba en el bus y tuvo una pequeña colisión con un taxi pero no se detuvo en el lugar sino que continuó hasta llegar al bar "Aquí es Toño", ubicado en la carrera 1ª con calle 34 de esta ciudad, lugar en donde se refugió ya que agentes de la policía lo venían persiguiendo. Localizado, los agentes trataron de conducirlo a las dependencias policiales, pero al oponer resistencia fué agredido brutalmente a golpes de puño, patadas, bolillazos y empujones.- Presentes refuerzos policiales continuaron con su indebida, arbitraria y violenta tarea hasta conducirlo a la Estación Primera de Policía, ubicada cerca al citado bar, arrojándolo en el piso del calabozo en estado preagónico".

"8.- "En las primeras horas de la madrugada del 11 de marzo fueron algunos amigos de JOSE GERARDO a tratar con los agentes de la Estación para que le dieran su libertad en atención al estado lastimoso en que se encontraba y con el fin de llevarlo al hospital o a un centro médico para que lo curaran y lo revisaran médicamente, pero los resultados fueron negativos por cuanto se argumentaba, por los policiales, que ese no tenía nada y lo que ocurría era que estaba borracho.- Sin embargo, si propusieron que se les llevara cierta cantidad de dinero para dejarlo en libertad". Tampoco se aceptó por los Agentes la insinuación de que lo condujeran al hospital, o a alguna parte, para las curaciones del caso y diagnóstico sobre su estado visiblemente alarmante".

"9.- "A eso de las cinco de la mañana del mismo 11, cuando regresaron varios familiares y amigos a la Estación de Policía, se encontraron con el espectáculo macabro de ver muerto a JOSE GERARDO, votando sangre por varias partes del cuerpo, su rostro hinchado y desfigurado. Su cadáver se remitió a los señores Médicos Legistas para la práctica de la necropsia, quienes hasta el momento como que aún no han logrado determinar las causas reales de su muerte, cosa que llama profundamente la atención".

"10.- "Indiscutiblemente, el proceder injusto, arbitrario, ilegal e irreglamentario de los Agentes de Policía que intervinieron en el caso envuelve en si una clarísima falla en el servicio, no sólo por acción sino también por su conducta omisiva al no prestar los auxilios a quien se encontraba en estado grave y requería los servicios de un médico para tratar de salvarlo.- Se configura, pues, la responsabilidad administrativa del Estado".

"11.- "Hechas las averiguaciones del caso, se logró establecer que los señores agentes Policiales autores del brutal procedimiento fueron: EDGAR ESPINOSA OCAMPO, EDINSON COLLAZOS LOZANO, JOSE BELISARIO

HOLGUIN BARRERA, LUIS TAMAYO RODRIGUEZ, RICARDO TIMOTE BOCANEGRA, LUIS JIMENES MILLAN y FERNANDO BETANCOURT BERMUDEZ, adscritos a la Policía Metropolitana de Cali".

"La entidad demandada no dió contestación a la demanda a pesar de haber conferido poder a un abogado, para que la representara. Igualmente, guardó silencio durante el término del traslado.

"Por su parte, el señor Fiscal 2º de la Corporación al rendir concepto de fondo pide se acceda a las pretensiones de la demanda.

"Tramitada la instancia, no observándose nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el mérito del negocio y para ello se,

C O N S I D E R A:

"Tanto la calidad de padres legítimos como la de hermanos por parte de los demandantes respecto del causante José Gerardo Torres López se encuentra acreditada con las copias de los registros civiles correspondientes acompañados con la demanda. De igual forma el carácter de hija extramatrimonial por parte de la menor Elizabeth Torres Correa.

"Igualmente ha sido establecida la defunción del señor Torres López acaecida en esta ciudad el día 11 de marzo de 1990. De acuerdo con la Necropsia Médico Legal y su correspondiente ampliación el occiso presentaba "laceraciones en región frontal derecha, codo y muñeca derecha, antebrazo y codo izquierdo, rodillas ... coágulos de sangre por nariz". Sin embargo, estas `contusiones (golpes) se las clasifica como contusiones simples; por lo tanto no son causa básica de la muerte". "por lo tanto se concluye que la causa básica de la muerte no se pudo determinar".

"Sabido es, que para que prospere esta clase de pretensión es menester que se demuestren plenamente los siguientes presupuestos a saber: a) La existencia de un hecho constitutivo de la falla o falta de servicio; b) El daño o perjuicio sufrido por los actores; c) Una relación de causalidad entre la falla o falta de la Administración y el daño.

"La Administración solo puede exonerarse, si evidencia la existencia de alguno de estos eximentes como son: 1) Fuerza mayor; 2) Culpa exclusiva de la víctima y 3) el hecho de un tercero.

"En el caso de estudio comparte la Sala el criterio expuesto por el señor Fiscal 2º del Tribunal, cuando dice que en el proceso se encuentra demostrada la falla en el servicio, tal y como se alega en la demanda.

"En efecto, dijeron los testigos, JHON JAIRO PATIÑO OCAMPO: "En el mes de Marzo de 1990, para la elección de Alcaldes, nos llegó una llamada a la casa en las horas de la madrugada de que Gerardo estaba preso en la Cra. 1ª con 34, entonces nosotros fuimos con mi hermano ALVEIRO y otro hermano de él, cuando nos asomamos al calabozo y lo vimos tirado en el suelo, él estaba sangrando, y se estaba quejando. Le dijimos a uno de los Policías si nos lo dejaba sacar para llevarlo a un centro de salud o a un hospital que era que el estaba como aporriado. La respuesta que nos dió el Agente era que él estaba borracho porque había irrespetado la Ley Seca, entonces que no se podía sacar del calabozo hasta que no cumpliera las horas de rigor, porque estaba prohibido andar en la calle en estado de embriaguez. Nosotros nos devolvimos para la casa, a esperar a que amaneciera a ver de qué manera lo sacábamos. Al otro día domingo como a las seis o siete de la mañana aproximadamente, del día domingo, nos llamó el otro hermano de él "Pacho" a decirnos, que Gerardo había muerto. Entonces inmediatamente salí yo de mi casa, hacia la Inspección cuando yo llegué allá me encontré con Pacho y con Alveiro el otro hermano mío, y después de discutir con esa cantidad de agentes, al fin nos dejaron entrar al calabozo. En el momento yo vi fué una cantidad de sangre en el piso y en la pared, la cabeza toda golpeada, botando sangre por la nariz y por los oídos y marcas en las manos, como si lo hubieran amarrado o lo hubieran esposado, la cara la tenía golpeada, la mandíbula descolgada y tenía un hueco detrás de la oreja del lado derecho, un undido (sic) detrás de la oreja. Las manos según alcancé a ver, estaban partidas desde el codo, es decir, del codo hacia la muñeca, ambas manos, y se le veían las astillas de los huesos, no se le habían salido los huesos sino que dentro de la piel se veían los huesos partidos, pero lo más impresionante que tenía era la cara y la cabeza, la primera reacción mía al verlo fué llorar, y cuando lo iba a coger me sacaron a la fuerza. Cuando me sacaron de ahí alcancé a ver al Agente que no me había querido dejarlo sacar para llevarlo al hospital y en medio de mi rabia lo que le dije fue "tombos hijueputas asesinos", ahí me quedé un rato afuera y todos comenzaron a preguntarme los policías, que qué había sucedido. Yo les dije que si les parecía poquito haber matado a mi hermano allá encerrado. En ese momento llegó mi familia y mis otros hermanos. No me dí cuenta de más, hasta que llegó la hora del levantamiento del cadáver y los comentarios de que a él lo habían sacado los policías a bolillo de una tienda, hasta llevarlo al calabozo y allá lo habían acabado de matar".

"JOSE ALVEIRO PATIÑO OCAMPO: " ...En Marzo vísperas de elecciones de Alcalde, a eso aproximadamente a la una de la mañana, sonó el teléfono en mi casa, lo contesté y alguien me decía que me presentara urgentemente a la Estación de Policía de la Cra. 34 con calle 1ª., puesto que allí se encontraba uno de mis mejores amigos en problemas, no supe quien llamó. Inmediatamente me dirigí hacia esa Estación, encontrándome con la desagradable sorpresa, de que allí se encontraba José Gerardo Torres, en uno de los calabozos. Le solicité amablemente al Comandante de la Guardia, que por favor me lo dejara ver, y él accedió a dicha petición. Encontrándolo supremamente en un estado degradante, le pedí el favor a dicho Comandante, que me lo dejara llevar a un Centro de

Atención Inmediata, porque el estado en el que él se encontraba no era el estado normal de José Gerardo, ya que él era una persona alentada y bastante fornido y resistente tal vez a algunos golpes leves. Saqué conclusión de que eso no fué símplemente unos golpes, sino que había sido una paliza supremamente exagerada y le supliqué por varias ocasiones a dicho guardián la cual fué negada por versiones del mismo de que era por una borrachera por la cual se encontraba en ese estado. No obstante nos quedamos esperando varias personas, que fuera una hora apropiada para dichos policías para dejarlo salir. Nos pidieron dinero para dejarlo salir en las horas de la mañana, el cual alcanzamos a reunir una cantidad, pero no recuerdo cuanto, cuando ya nos hicimos presentes a dar dicha cantidad, nos dijeron que si podíamos entrar a sacarlo. En ese momento, entro de los hermanos de José Gerardo Torres, a sacarlo del calabozo el cual salió de una desesperación gritando que su hermano estaba muerto. "Al ser interrogado sobre el estado del detenido expresó: "... estaba acostado de medio lado, le hablaba y él no contestaba absolutamente nada, solo sabía que se presentaba un gran dolor por los quejidos, y que se le podía notar en su forma de expresión. Se le veía un poco de sangre en la boca, presumiblemente del mal trato que recibió por dichos representantes del orden. Así mismo, que sus pertenencias, no se encontraban junto a él, sino en sitios totalmente aparte de donde estaba el cuerpo de José Gerardo. En una de las paredes se alcanzaba a apreciar sangre donde fué maltratado contra dicha pared, perdiendo toda su dentadura, encontrándole cantidades de heridas en su cara ...".

"LUDY LIZARAZO RINCON: "... El día que él tuvo ese problema, la mujer de él y yo estábamos en la terraza, y ella lo estaba esperando. Como a las diez de la noche llegó una muchacha a avisarle que Gerardo había sido golpeado y lo tenían en la Inspección de la Cra. 1ª con calle 34. Ella se fué y ya por la mañana, como a las cinco de la mañana me llamó que fuera donde ella estaba en la Inspección porque José Gerardo había fallecido. Cuando yo llegüé pues yo la había (sic) llevado al Hospital Departamental a la Morgue, ya lo tenían allá. Yo cuando dentro (sic) todavía no lo había desvestido ni nada, tenía los pies doblados, y las manos también, como que si se las habían amarrado, tenía quebrado el tabique, y la frente y hacia el lado de la sien estaba echando sangre, esta (sic) de la cabeza le chorriaba (sic) sangre, cuando yo llegué, no lo habían bañado ni lo habían limpiado ni nada ...".

"Por su parte el señor MANUEL ESTEBAN RAMOS, dice: "... y un sábado como a media noche, por ahí a la una pasaditas, llegó una señora preguntando por "Chaba" que a Gerardo la policía le había dado una golpiza y que estaba mal estropiado y que fuera por él que lo tenía en la Estación de la Cra. 1ª con Calle 34. Entonces ésta señora Isabel, se fue a verlo y ella le comunicó a una vecina de al frente Lassie Motoa, por teléfono, que a don Gerardo lo tenían en el calabozo y que estaba muerto. y Chaba le avisó a la señora mia que fuéramos y nosotros fuimos pero ya a él se lo habían llevado para el anfiteatro y él estaba ahí, estaba golpeado, tenía un hematoma en la frente, por los oídos echaba sangre, tenía la boca reventada y echaba sangre, estaba todo moretiado, y tenía una escalabradura (sic) en la cabeza, y golpiado por la espalda".

"Los testimonios anteriores merecen credibilidad por cuanto los deponentes dan razón de sus dichos y explican de manera clara y concisa las circunstancias de tiempo, modo y lugar como obtuvieron el conocimiento de los hechos objeto de la declaración. Lo que significa que se atemperan a las exigencias previstas en el Art. 228 del C. P. Civil.

"Complementa lo anterior la providencia dictada por la Policía Nacional -Policía Metropolitana Santiago de Cali- el día 18 de Mayo de 1990, por medio de la cual "se acoge el concepto emitido por el oficial investigador, en el sentido de sancionar con TRES (3) DIAS DE ARRESTO SEVERO, más el descuento reglamentario de los Agentes ESPINOSA OCAMPO EDGAR, COLLAZOS LOZANO EDINSON, TIMOTE BOCANEGRA RICARDO,, JIMENEZ MILLAN LUIS, BETANCOURT BERMUDEZ FERNANDO, LOPEZ HERRERA JULIAN, TAMAYO RODRIGUEZ LUIS Y HOLGUIN BARRERA JOSE BELISARIO, por haber infringido el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional en su Título II, Capítulo II, Artículo 110, Numeral 1, consistente en efectuar un procedimiento en el cual condujeron al calabozo de la Comisaría ubicada en la Primera Estación de Policía al señor Gerardo Torres López, quien se encontraba en estado de embriaguez, empleando la fuerza en una forma irregular, dando lugar a que se les sindicara de ser los promotores de golpes o mal trato en el momento en que efectuaban el procedimiento.- Hechos sucedidos el día 10-03-90".

"Acoger el concepto emitido por el oficial investigador en el sentido de sancionar con TRES (3) DIAS DE ARRESTO SEVERO más el descuento reglamentario al AG. ORDOÑEZ RINCON RODRIGO con C.C. Nº 10.541.616 de Popayán, por haber infringido el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional en su Título II, Capítulo VI, artículo 114, numerales 1 y 3, consistente en no cumplir la orden del Comando de Estación en el sentido de no recibir retenidos sin la debida autorización incumpliendo ésta orden y recibir por embriaguez al retenido JOSE GERARDO TORRES LOPEZ, quien falleció encontrándose en el calabozo por causas aún no determinadas según concepto emitido por Medicina Legal, hechos sucedidos el día 10-03.90". "Declarar que la decisión disciplinaria es independiente a la Acción Penal a que haya lugar".

"De la apreciación en conjunto de las pruebas antes mencionadas, se establece plenamente, que el señor JOSE GERARDO TORRES LOPEZ, ingresó con vida y falleció cuando se encontraba detenido en el calabozo de la Comisaría de la Primera Estación de esta ciudad, por cuenta de los Miembros pertenecientes a la Policía Nacional, sin que hubiese merecido por parte de los Agentes la más mínima asistencia humana y profesional, dado el estado de postración en que se encontraba a consecuencia de los golpes recibidos.

"La conducta anterior, -reprochable por cierto- no solo viola el Principio consagrado en el Arf. 2º Inciso 2º de la Constitución Política consistente en que "Las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las

personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los Particulares", sino, también, el numeral 1o. del Art. 110 del Régimen Disciplinario que dice: "Son faltas contra la cortesía y el prestigio de la Policía Nacional: 1. Tratar al Público en forma descortés, violenta o impropia".

"Así las cosas, preciso es concluir que el Estado debe responder por los perjuicios causados a los Actores, en los términos señalados en el Art. 90 de la C.N." (fls. 121-134 Cdno. No.).

- II - SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 152 y siguientes del Cuadro No. 1, obra el escrito en que el apoderado de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso y para precisar sus inconformidades con el fallo impugnado,las cuales se pueden resumir así:

A) Aspira a que se precise que el precio del oro, para liquidar la condena por perjuicios morales, debe ser el INTERNACIONAL;

B) Demanda que la condena por perjuicios materiales se haga en concreto, pues dentro del proceso obran los medios probatorios necesarios para proceder en tal sentido.

- III - CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que brinda la ley presentó su alegato de conclusión para exponer, en lo pertinente:

"La parte demandada considera que no se configuró la falla del servicio como lo declaró el Honorable Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por cuanto como quedó demostrado a través de la necropsia y los exámenes que lo complementaron, las contusiones que presentaba el occiso JOSE GERARDO TORRES LOPEZ no tenían la incidencia para producirle la muerte.

"El citado dictamen determinó que al momento de su muerte el señor TORRES LOPEZ presentaba estado de embriaguez, lo que confirma lo expuesto por el taxista accidentado por el occiso, declaración a que hace referencia el Juez Penal Militar que conoció del caso.

"Para sustentar lo expuesto me permito transcribir apartes del informe de la necropsia efectuada al cadáver del señor TORRES LOPEZ, por el Instituto de

Medicina Legal (fl. 110 cuaderno de pruebas) y el de la ampliación de la necropsia de fecha 5 de mayo/90 (fl. 126) como también del estudio toxicológico efectuado para determinar la posible causa de la muerte, así:

"1.- En la necropsia hecha al momento de fallecer el occiso se determinó inicialmente que todos los órganos se encontraban en buen estado, sin malformaciones, es decir todo normal.

En el informe de alcoholemia, se concluyó: "positivo para el alcohol etílico, concentración 135 mg %";

INFORME HISTOLOGICO

"Se revisó los cortes histológicos correspondientes al cerebro, pulmón, hígado, baso, riñón, en los cuales se identificó congestión aguda de los órganos y a nivel de cerebro y congestión perivascular y edema. En los hallazgos observados y encontrados tanto a nivel macroscópico y microscópico, no se puede determinar la causa básica de la muerte de JOSE GERARDO TORRES por tal motivo hasta el momento es INDETERMINADO".

"No obstante el anterior dictamen, el 5 de mayo de 1990 se amplia mediante oficio No. 90-528, así:

"En el exámen macroscópico y microscópico no hay hallazgos específicos que expliquen una alteración específica **como causa básica para desencadenar la muerte del occiso**". En este informe relaciona una serie de circunstancias que pudieron ser la causa de la muerte, según cita de autores especializados en la materia.

"No obstante, es enfático en señalar en el numeral 3º que "las contusiones presentadas por el occiso NO fueron la causa de su muerte".

"También aclara algunos términos utilizados en la necropsia inicial y tales como a ANTRACOSIS -congestión aguda y Edema cerebral, para aclarar que por diversas causas pudieron presentarse, independientemente de las contusiones recibidas.

"En cuanto hace relación al estudio toxicológico arrojó resultado negativo.

"Así las cosas, es evidente que se hicieron los estudios técnicos, científicos necesarios para determinar la causa de la muerte del señor TORRES LOPEZ llegando a la conclusión que NO fué por las contusiones que presentaba lo cual quedó claro en todos los estudios, sino por otras causas que no fué posible determinar.

"Entonces, no existe fallo del servicio por cuanto no hay nexo causal entre la actuación de la administración y el daño que se alega puesto que está probado que lo segundo (daño) (sic) NO fué consecuencia directa de la actuación de la administración.

"Por lo anterior solicito al Honorable Consejo de Estado REVOCAR la sentencia recurrida y en su lugar NEGAR LAS pretensiones de la demanda". (Fls. 165 - 166 Cdno. No. 1).

- IV - CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, aunque con algunos ajustes de universo económico, por las razones que más adelante se explicarán. Por lo demás, se hará la condena en concreto, por obrar dentro del informativo todos los medios probatorios necesarios para ello.

Por lo que hace relación con la falla del servicio, la Sala patrocina y hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el Tribunal. En este particular no hay espacio para la duda que impida concluir en tal sentido. Conmueven al fallador los testimonios rendidos por JOHN JAIRO PATIÑO OCAMPO, JOSE ALVEIRO PATIÑO OCAMPO, LUDY LIZARAZO RINCON y MANUEL ESTEBAN RAMOS, que el **a-quo** transcribe, en lo sustancial, en el proveído impugnado. Lo relatado por los deponentes tiene fuerza de convicción pues exponen en forma clara la razón del dicho, precisando las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que murió JOSE GERARDO TORRES LOPEZ. Contra lo expuesto por la apoderada de la Nación, en su alegato de conclusión, el **ad-quem** considera que el dictamen del patólogo forense, que obra a folio 111 del cuaderno No. 2, da margen para concluir que la víctima fué golpeada. Sólo así se explica que registrara "... laceraciones en región frontal derecha, codo y muñeca derecha, antebrazo y codo izquierdo, rodillas ... coágulos de sangre por nariz ... hematomas en región frontal derecha y región parietal occipital izquierda ...". En el mismo dictamen y bajo el rubro "INFORME HISTOLOGICO", se lee;

"Se revisó los cortes histológicos correspondientes a cerebro, pulmón, hígado, bazo, riñón y corazón; en los cuales se identificó congestión aguda de los órganos y a nivel de cerebro congestión perivascular y edema.

"En los hallazgos observados y encontrados tanto a nivel macroscópico, como a nivel microscópico no se puede determinar la causa básica de la muerte de José Gerardo Torres.

"Por tal motivo el diagnóstico hasta el momento es INDETERMINADO. Queda pendiente el estudio toxicológico".

Es verdad que en la ampliación de la necropsia el Patólogo Forense concluye que: "... la causa básica de muerte continúa indeterminada y queda pendiente el

estudio Toxicológico ...". Pero aún aceptando que no fué la policía la que lesionó al occiso, sino que éste, dado su estado de embriaguez, se hirió y golpeó al perder su estabilidad, como lo declaró el agente Fernando Betancur Bermúdez, ante la Oficina de Investigación y Disciplina de la Policía Metropolitana Santiago de Cali (C. 2, fol. 15. Investigación Disciplinaria), se daría igualmente la falla del servicio por no haber permitido que a una persona que tenía la "... cabeza golpeada ...botando sangre por la nariz y por los oídos ..." con "... la mandíbula descolgada ..." y con "... un hueco detrás de la oreja ...", como lo destacó el declarante JOHN JAIRO PATIÑO OCAMPO, se le atendiera de urgencia en un centro hospitalario. Que no se predique, entonces, que el sentenciador es generoso en la valoración de la prueba, pues ella tiene mucho universo probatorio. Es de lamentar si, que los apoderados de la Nación-Ministerio de Defensa, no intervengan en la práctica de ella y que desperdicien la bella oportunidad que la ley les brinda para contrainterrogar a los declarantes. Frente a un acervo probatorio que ellos no ayudaron a formar, resulta casi imposible una defensa. No basta con alegar divagando sobre lo divino y lo humano. Es necesario darle al juez los hechos, para que este dé el derecho. Esta tarea la cumplió bien el apoderado de los demandantes y ello explica, en parte sustancial, el resultado del presente conflicto de intereses.

A todo lo que se deja expuesto, se agrega la especial circunstancia de que el Comandante de la Policía Metropolitana de Cali, en providencia calendada el día dieciocho (18) de Mayo de mil novecientos noventa (1990), (C 2, fol. 89), acogió el concepto emitido por el Oficial investigador y sancionó "... con tres (3) días DE ARRESTO SEVERO más el descuento reglamentario a los agentes ESPINOSA OCAMPO EDGAR, COLLAZOS LOZANO EDINSON, TIMOTE BOCANEGRA RICARDO, JIMENEZ MILLAN LUIS, BETANCOURT BERMUDEZ FERNANDO, LOPEZ HERRERA JULIAN, TAMAYO RODRIGUEZ LUIS y HOLGUIN BARRERA JOSE BELISARIO, por haber infringido el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional en su Título II, Capítulo II, Artículo 110, Numeral 1, consistente en efectuar un procedimiento en el cual condujeran al calabozo de la Comisaría ubicada en la Primera Estación de Policía al señor JOSE GERARDO TORRES LOPEZ quien se encontraba en estado de embriaguez, empleando la fuerza en una forma irregular, dando lugar a que se sindicara de ser promotores de golpes o mal trato en el momento en que efectuaban el procedimiento.- Hechos sucedidos el día 10-03-90.

> "Acoger el concepto emitido por el oficial investigador en el sentido de sancionar con TRES (3) DIAS DE ARRESTO SEVERO mas el descuento reglamentario al AG. ORDOÑEZ RINCON RODRIGO con c.c. No. 10.541.616 de Popayán, por haber infringido el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional en su Título II, Capítulo VI, Artículo 114, Numerales 1 y 3, consistente en no cumplir la orden del Comando de Estación en el sentido de no recibir retenidos sin la debida autorización incumpliendo ésta orden y recibir por embriaguez al retenido JOSE GERARDO TORRES LOPEZ quien falleció encontrándose en el calabozo por causas aún no determinadas según concepto emitido por medicina legal.- Hechos sucedidos el día 10-03-90.
>
> "Declarar que la decisión disciplinaria es independiente a la acción penal a que haya lugar."

Para darle más fuerza de convicción a esta sentencia, la Sala destaca el siguiente aparte que figura en el concepto rendido por el OFICIAL INVESTIGADOR de la Policía Nacional:

"2º.- Hay una exigencia necesaria para que los hechos correspondan a la aplicación de un correctivo Disciplinario y es el mal trato que se le dió a la víctima, por que veamos es preciso decir que presentaba laceraciones en región Frontal derecha, codo y muñeca derecha, antebrazo y codo izquierdo, rodillas, visto a folio 86 y 87 del cuaderno original.

"Entonces sí como recibieron en su oportunidad los refuerzos necesarios por parte de la central que se esmeró hasta mandar un vehículo buscado por otra patrulla por carecer de radio, hasta completar un total de ocho (8) policías, era suficiente para que a la fuerza bruta y sin golpear se redujera a la impotencia hasta lograr el dominio de la persona y más este que se encontraba en estado de embriaguez y prácticamente en demencia alcohólica" (fl. 86 Cdno. No. 2).

En esta oportunidad la Corporación reitera la filosofía que en más de una ocasión ha consignado en fallos en que ha condenado a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, por atentados contra la dignidad humana. En ellos se ha afirmado que la Administración, cualquiera que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo SAGRADO e INVIOLABLE, a la persona, que es fundamento del orden político y de la paz social. El Estado puede utilizar, con toda energía, dentro de los límites impuestos por el PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, todos los medios de que dispone para impedir que el hombre realice conductas antijurídicas, pero no tiene el poder de segar la vida ni de torturar al ser humano. La autoridad no es en su contenido social UNA FUERZA FISICA. Los integrantes de la fuerza policiva deben actuar siempre con la especial consideración que él demanda, pues como lo dijera Tomás y Valiente al terminar una conferencia en la Universidad de Salamanca en 1971, "No hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre".

El detenido tiene derecho a que se le proteja en su dignidad, en un todo de acuerdo con las disposiciones legales aplicables. Su misma situación de sujeción, de dependencia, exige que no se le vea como lo recuerda Victor E Frankl, como una existencia desnuda. Al fin y al cabo, afirma éste el "... hombre es ese ser que ha inventado las cámaras de gas de Auschwitz, pero también es el ser que ha entrado en esas cámaras con la cabeza erguida y el Padre nuestro o el Shema Yisrael en sus labios" (El Hombre en Busca de Sentido).

B) Los demandantes demostraron, en legal forma, estar legitimados por activa. También el daño y la relación de causalidad.

Frente a la realidad procesal anterior, la Sala patrocina la condena que por perjuicios morales hizo el sentenciador de instancia en favor de los padres del occiso RAMON ELIAS TORRES ARIAS Y MARIA ALBA LOPEZ DE TORRES; de

ELIZABETH CORREA (Compañera permanente), de ELIZABETH TORRES CORREA (hija extramatrimonial) y de ALBA LUCIA, JOSE NORBERTO, MARIA RUBIELA, LUCILA, JESUS MARIA y ANA MERCEDES TORRES LOPEZ (hermanos).

Los gramos de oro serán pagados con el precio nacional que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada esta sentencia, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

Se confirmará la condena que el **a-quo** hizo por concepto de perjuicios materiales a favor de ELIZABETH CORREA (compañera permanente) y de ELIZABETH TORRES CORREA (hija extramatrimonial), pero no se acepta el salario mensual que tomó en consideración el tribunal, pues resulta inexplicable que trabajando el señor JOSE GERARDO TORRES LOPEZ en la Empresa Verde Bretaña, no se hubiese obtenido una certificación de esta respecto del real ingreso del finado. Los peritos rindieron su dictamen excediendo sus funciones, pues ellos no tienen la facultad de interrogar personas ni de determinar montos hablando simplemente de "LAS INVESTIGACIONES REALIZADAS EN LA EMPRESA" Aquí se pregunta el fallador: Cúales investigaciones?. Sobre qué documentos versaron?. Qué mérito probatorio tienen los medios probatorios consultados?.

A la realidad anterior se agrega la especial circunstancia de que la declarante Señora LUDY LIZARAZO RINCON, quien vivía en la misma residencia que el finado, al ser interrogada sobre el trabajo que éste desempeñaba y su ingreso mensual, dijo:

> "El era chofer de la verde Bretaña hasta el día en que se murió y **él ganaba el mínimo**, y siempre lo invertía en el hogar ...".

Por todo lo expuesto, la liquidación se hace en concreto y con sujeción a las siguientes pautas:

PRIMERA: Se toma en consideración el salario mínimo vigente para el año de mil novecientos noventa (1990), del cual se descuenta un veinticinco (25%) por ciento que es el monto que se considera que el finado dedicaba para atender a su congrua subsistencia;

SEGUNDA: El setenta y cinco (75%) por ciento restante se divide en dos partes iguales: una para la Señora ELIZABETH CORREA (compañera) corre desde el once (11) de marzo de 1990, hasta el momento en que su hija cumpliría los dieciocho (18) años; la otra mitad corresponde a ELIZABETH TORRES CORREA y va también del 11 de marzo de 1990,, hasta el momento existencial en que cumpla los 18 años;

TERCERA: Se actualiza la condena, siguiendo para ello las pautas jurisprudenciales fijadas por la sala.

Dentro del marco anterior, la condena por perjuicios materiales se concreta así:

1-) Salario = $41.025

2-) 75% = $30.768.75

3-) Se actualiza aplicando la fórmula

$$Ra = R \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}} \quad \frac{\text{Octubre 31 de 1992}}{\text{marzo 11 de 1990}}$$

$$Ra = R \frac{260.57}{138.61}$$

Ra = $57.841.52

4-) Se indemnizan dos períodos:

A-) VENCIDO, CAUSADO O CONSOLIDADO

Se aplica la fórmula:

$$S = \$57.841.52 \quad \frac{(1 + i)^{31.66} - 1}{i}$$

S = $1.947.705.16

= $987.352.58 para cada una.

B-) FUTURO O ANTICIPADO:

Que transcurre desde el 1o. de noviembre de 1992 hasta que la infante cumpla los 18 años, vale decir, el 8 de junio del año 2.004.

Para obtener el monto correspondiente a este período se procede:

$$S = Ra \quad \frac{(1 + i)^{139.23} - 1}{i\,(1 + i)^{139.23}}$$

$$S = \$57.841.52 \quad \frac{0.96597582}{0.009568404}$$

S = $5.839.376.10

La cantidad obtenida se divide en dos partes iguales, para madre e hija respectivamente, así:

Para ELIZABETH CORREA $2.919.688.05

Para ELIZABETH TORRES CORREA $2.919.688.05

RESUMEN INDEMNIZACIONES:

A-) Para ELIZABETH CORREA la suma de TRES MILLONES NOVECIENTOS SIETE MIL CUARENTA PESOS CON SESENTA Y TRES CENTAVOS ($3.907.040.63);

B-) Para ELIZABETH TORRES CORREA la suma de TRES MILLONES NOVECIENTOS SIETE MIL CUARENTA PESOS CON SESENTA Y TRES CENTAVOS ($3.907.040.63).

Se revocará la condena que por perjuicios materiales hizo el sentenciador de instancia en favor de la Señora MARIA ALBA LOPEZ DE TORRES. Aunque María Luzme Aviles de Ramírez, LUDY LIZARAZO RINCON, MANUEL ESTEBAN RAMOS y LUCIA CARDONA DE LOPEZ manifestaron en sus declaraciones que el finado ayudaba a la mamá, no precisan si esa ayuda era permanente u ocasional, ni el monto mismo de ella. Así las cosas, no se explica el sentenciador la causa, motivo o razón por la cual siendo Doña María Alba López de Torres, casada, y subsistiendo su esposo y seis hijos más fuera precisamente José Gerardo Torres López el que tuviera que atender a la obligación alimentaria. Sobre la materia el Profesor Alvaro Pérez Vivas enseña:

"En cuanto a la valoración propiamente dicha del perjuicio sufrido por los demandantes por causa de la muerte de la persona que les producía un ingreso, utilidad o beneficio, es necesario examinar lo siguiente:

"... b) Hay que tener en cuenta el monto o cuantía del beneficio que se obtenía de la persona que ha muerto, la forma de producirse y el período de esa producción, si la utilidad perdida existía ya al momento del deceso; o el probable rendimiento o ingreso, si el daño es futuro.

"De consiguiente, el ingreso actual desaparecido puede consistir, o en una SUBVENCION REGULAR Y PERIODICA de carácter alimentario, o en beneficios derivados de un vínculo jurídico existente entre el muerto y el demandante. E igual cosa para el beneficio futuro.

"Pues bien: Cuándo la subvención sea REGULAR Y PERIODICA, hay que computar el tiempo de vida probable del que ha fallecido y la cuantía de esa subvención (que puede ser o no la misma del salario que ganaba la víctima, o el producido de la labor del profesional fallecido por causa del acto ilícito). Por

ello es preciso demostrar en el proceso el monto exacto del subsidio pecuniario que los damnificados recibían de la víctima (Véase: Cas. 10 diciembre 1942. G.J. T. LIV, bis, pág. 231) y la edad de ésta ..." (Subrayas de la Sala). (Teoría General de las obligaciones, Volumen II, Parte Primera. Tercera Edición. Editorial Temis, 1968, págs. 269 y 270).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMASE los numerales primero (1º); segundo (2º); cuarto (4º) y quinto (5º) de la sentencia calendada el día veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este fallo;

SEGUNDO: REVOCASE el numeral tercero (3º) del mismo fallo, el cual quedará así:

3.- CONDENASE, igualmente, a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios materiales las sumas que a continuación se indican y las personas que enseguida se relacionan:

A ELIZABETH CORREA (compañera permanente), la cantidad de TRES MILLONES NOVECIENTOS SIETE MIL CUARENTA PESOS CON SESENTA Y TRES CENTAVOS ($3.907.040.63);

A ELIZABETH TORRES CORREA (Hija extramatrimonial), la cantidad de TRES MILLONES NOVECIENTOS SIETE MIL CUARENTA PESOS CON SESENTA Y TRES CENTAVOS ($3.907.040.63).

TERCERO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Expídanse las copias de la sentencia con destino a los interesados precisando cúal de ellas presta mérito ejecutivo.

QUINTO: Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

ello es preciso demostrar en el proceso el monto exacto del subsidio pecuniario que los damnificados recibían de la víctima (Véase: Cas. 10 diciembre 1942. G.J. T. LIV, bis, pág. 231) y la edad de ésta ..." (Subrayas de la Sala). (Teoría General de las obligaciones, Volumen II, Parte Primera. Tercera Edición. Editorial Temis, 1968, págs. 269 y 270).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMASE los numerales primero (1º); segundo (2º); cuarto (4º) y quinto (5º) de la sentencia calendada el día veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este fallo;

SEGUNDO: REVOCASE el numeral tercero (3º) del mismo fallo, el cual quedará así:

3.- CONDENASE, igualmente, a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios materiales las sumas que a continuación se indican y las personas que enseguida se relacionan:

A ELIZABETH CORREA (compañera permanente), la cantidad de TRES MILLONES NOVECIENTOS SIETE MIL CUARENTA PESOS CON SESENTA Y TRES CENTAVOS ($3.907.040.63);

A ELIZABETH TORRES CORREA (Hija extramatrimonial), la cantidad de TRES MILLONES NOVECIENTOS SIETE MIL CUARENTA PESOS CON SESENTA Y TRES CENTAVOS ($3.907.040.63).

TERCERO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Expídanse las copias de la sentencia con destino a los interesados precisando cúal de ellas presta mérito ejecutivo.

QUINTO: Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

EXTINCION DEL DOMINIO-Improcedencia/EXPLOTACION ECONOMICA

Desacertó la administración, al no apreciar que las obras de adecuación realizadas en el predio La Colorada benefician 49 hectáreas ya cultivadas y habrán de hacerlo con 104 hectáreas más, pues esta superficie no puede considerarse como inculta para los efectos de la aplicación de las normas legales sobre extinción del dominio. Tampoco consideró la administración otro factor con gran incidencia en la explotación económica de los bienes, como lo es la especial actividad guerrillera desplegada en la zona, una de las cuales se finca en la presión y apoyo a la invasión de tierras. El proceso que adelantó la administración fué a todas luces inoportuna e improcedente, permitiendo que cobre fuerza la creencia equivocada de que su acción incentiva o, hacia las invasiones, por lo menos, que admite las tomas de hecho de las tierras y en el peor de los casos, como aquí ocurrió, por personas que las desmejoran y subutilizan.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., once de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

REF.: EXPEDIENTE No. 6411 ACTOR : SOCIEDAD UREÑA E HIJOS LTDA. DEMANDADA: LA NACION - INCORA

Agotado el trámite procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie lo actuado, decide la Sala el proceso de la referencia, iniciado en virtud de la demanda presentada en esta Corporación el 19 de octubre de 1990.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1.- La demanda.-

La sociedad de responsabilidad limitada UREÑA E HIJOS LTDA., obrando por conducto de apoderado legalmente constituído y en ejercicio de la acción de revisión consagrada en los artículos 8 de la Ley 200 de 1936 y 23 de la Ley 135 de 1961, formuló demanda en contra del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA.

Solicita se revise y declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 05742 y 69 de fecha 4 de septiembre de 1989, proferida por la Gerencia General y la Junta Directiva, respectivamente, de la entidad pública, por las cuales se declaró y aprobó en favor de la extinción del derecho de dominio probado sobre la totalidad del fundo rural denominado ARIZONA y de parte del predio rural conocido como LA COLORADA, los dos ubicados en la comprensión del Municipio de Chigorodó en el Departamento de Antioquia; igualmente, pide que se revisen y declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 01782 y 035 del 9 de abril de 1990, de la misma procedencia y orden, mediante las cuales se desata, en el sentido de confirmarlas, el recurso de reposición incoado contra las dos primeras citadas.

2.- Fundamentos de hecho.-

Aparecen relacionados a los folios 58 a 61 y se reducen en síntesis a lo siguiente:

"1. La sociedad "Urueña e Hijos Ltda." es titular del derecho de dominio de los predios rurales ubicados en jurisdicción del municipio de chigorodó, departamento de Antioquia, los cuales procede a describir por sus nombres, números de matrícula inmobiliaria y linderos así:

a) **FINCA ARIZONA**", número de matrícula inmobiliaria 0070001190 de la oficina de Registro del Círculo de Dabeida, Antioquia, ubicada en jurisdicción del municipio de Chigorodó, departamento de Antioquia, con un área de 146-9.575 hás., y cuyos linderos son los siguientes: ' Se toma como punto de partida el número 5 situado el Noroeste, en la concurrencia de las colindancias de RAMON GUSTAVO URUEÑA RICO, LUIS F. COLORADO CHAVERRA y EL PETICIONARIO. Colinda así: ESTE: Con LUIS F. COLORADO CHAVERRA del punto 5 al mojón 10 en 946 mts., con FRANCISCO ARIAS: del mojón 10 al mojón 15 en 295 mts. SUR: con sucesión de ARTURO ARIAS, del mojón 15 al 29 en 1.447 mts. OESTE Y NORTE: Con Honorio Henriquez del mojón 29 al mojón 38 en 1.048 mts; con JUAN CARDONA del mojón 38 al 66 en 2.350 mts; y del mojón 38 al 55 Caño El Blanco, al medio. NORTE con RAMON GUSTAVO URUEÑA, del 66 al 5 punto de partida en 1.267.38 mts. y encierra.

"b) **FINCA `LA COLORADA'**, número de matrícula inmobiliaria 007-0001189 Serie A 433536 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo

de Dabeiba Antioquia, con un área aproximada de 197-4.727 hectáreas cuyos linderos son los siguientes: `Se toma como punto de partida el delta 83ª, situado al norte, en la concurrencia de las colindancias de JOSE DIAZ QUIROZ, ARGEMIRO MONTENEGRO, LUIS ARTURO CARDONA y el peticionario. Colinda así: NORTE: con JAIME DIAZ QUIROZ, ARGEMIRO MONTENEGRO del delta 83 al 94 en 1.224 mts.; ESTE: con WALDINO ALVAREZ del 94 -99 en 592.70 mts., con ENRIQUE SANCHEZ del 99 al 0 en 937.30 mts., con ENRIQUE SANCHEZ del 0 al 2 en 221.80 mts., con MARIO QUICENO del 2 al 5 en 343.20 mts. SUR: con VICTOR MANUEL URUEÑA del delta 5 al 66 en 1.257.38 mts. OESTE: con JUAN CARDONA del 66 al 69 en 267.60 mts., con JUAN CARDONA del 69 al 71 en 192 mts., caño "LA GUAGUA" de por medio. NORTE: con LUIS ARTURO CARDONA del 71 al 83 punto de partida en 1.224 mts. y encierra'.

"El día 16 de marzo de 1983 se presentó ante la Gerencia Regional del Incora en Medellín una nota anónima, sin firma responsable, poniendo en conocimiento presuntas dificultades de habitantes de predios rurales de Chigorodó, para sacar sus productos agrícolas. Simultáneamente y en la misma fecha se hizo llegar otra nota, igualmente anónima, al señor Procurador delegado para asuntos Agrarios, poniendo en conocimiento presuntas obstaculizaciones en el uso de una servidumbre de tránsito. En ambas copias se produjeron unas firmas en fotocopia, que no se sabe a qué documentos correspondan.

"3.- Con base en dichos anónimos, el Incora, Regional Antioquia dictó la providencia del 11 de abril de 1983 ordenando la práctica de una visita a los inmuebles rurales ya mencionados con el ánimo de declarar la extinción del derecho de dominio de dichos predios.

"El día 2 de mayo de 1983 se efectuó la visita previa al inmueble rural denominado `LA COLORADA' por parte del señor Carlos H. Mejía Chapetón, funcionario del Incora seccional Antioquia. Dicha visita previa se efectuó sobre una mínima parte del predio, y a pesar de ello el funcionario visitador en el resumen de su visita hace un informe sobre el 100% del predio discriminando áreas cultivadas y áreas de bosque.

"El día 9 de octubre de 1984 el mismo funcionario Mejía Chapetón efectuó una nueva visita, de ampliación y actualización al mismo predio `LA COLORADA', la cual tampoco se cumplió en la totalidad del predio, y la misma posee de apreciaciones erradas y que faltan a la verdad.

"A finales del mes de abril de 1985 el funcionario Mejía Chapetón fué comisionado por el Incora de Antioquia para efectuar una visita a la Finca `LA AURORA' y otros predios distintos a la `COLORADA' y `ARIZONA', y por iniciativa propia elaboró un nuevo informe sobre la finca `LA COLORADA' y sin que el `Incora' lo haya ordenado.

"4.- Con base a los anteriores informes la Gerencia General del Incora dictó la resolución No. 02477 del 3 de junio de 1985 ordenando la iniciación del procedimiento administrativo tendiente a establecer la procedencia legal de declaratoria de extinción del dominio privado de los predios `LA COLORADA' y `ARIZONA'.

"5.- El día 18 de abril de 1985 el doctor Victor Manuel Urueña Rico actuando en representación de la propietaria de los inmuebles rurales, presentó escrito oponiéndose a la declaratoria de extinción del derecho de dominio de dichos predios aportando para ello las pruebas necesarias para demostrar la explotación de los predios, tales como contratos de obras, comprobantes de egreso, nómina de pago, etc.

"6.- La actora mediante escrito de febrero 10 de 1986 interpuso reposición contra la resolución anterior solicitando su revocatoria, en el cual recava lo dicho en su escrito de oposición de 18 de abril de 1985 y hace otras consideraciones.

"7.- La Gerencia General del `Incora' el día 4 de septiembre dictó la resolución No. 05742 declarando la extinción del derecho de dominio privado de los predios `ARIZONA' y `LA COLORADA' de propiedad de la parte actora, argumentando presunta falta de posesión por parte de la actora sobre los predios tantas veces mencionados. En dicho acto administrativo no se analizan las pruebas aportadas por la actora.

"8.- Contra la anterior providencia la parte actora interpuso oportunamente recurso de reposición, el cual fué resuelto en forma adversa mediante la resolución No. 0178 2 de 9 de abril de 1990".

Las normas violadas y el concepto de la violación, se enlista y explica entre los folios 61 a 64.

3. La actuación procesal.-

Practicada la notificación del auto admisorio, Incora se hizo representar en el proceso mediante apoderado especial quien contestó el libelo introductorio del proceso oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, propuso como excepción la de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales y además, solicitó la práctica de pruebas; éstas conjuntamente con las pedidas por la parte actora, fueron decretadas por auto de 29 de mayo de 1991 (fols. 95 a 126), siendo allegadas de manera regular y oportuna a la actuación.

Transcurrido el término que les fué concedido a fin de que pudieran acreditar los supuestos fácticos en que se apoyan las súplicas de la parte actora como de la parte impugnadora, se corrió traslado del proceso a fin de que las partes y el Ministerio

Público presentaran sus alegatos de conclusión (fol. 151); en tal oportunidad procesal, el Ministerio Público guardó silencio (fol 482).

La parte actora presentó el memorial visible a los folios 468 a 481, en el que solicita resolver favorablemente las súplicas impetradas en la demanda con base en los planteamientos que resume afirmando que: "1.- El INCORA, para declarar la extincion del dominio de los bienes de propiedad de URUEÑA E HIJOS LIMITADA en favor de la Nación tuvo en cuenta únicamente las diligencias efectuadas por sus funcionarios, pruebas que carecen de validez por haber sido actuadas por personas que no son idóneas para este tipo de pruebas, no habersen hecho asesoras por personas que suplieran a sus fallas y permitieran a su superiores jerárquicos llegar a una determinación ajustada a la verdad y al derecho.

"2.- La audiencia del perito MEJIA CHAPETON, llegó por iniciativa propia, y sin que mediara auto que así lo ordenara practicar una prueba donde estableció la instalación de colonos-invasores en la diligencia o actuación del 17 de mayo de 1985, la cual carece de validez absoluta y es nula.

"3.- Los funcionarios del Incora no se hayan reconocidos o inscritos ante el Instituto Agustín Codazzi como lo ordena expresamente el numeral 1 del Artículo 14 del Decreto 1577 de 1974.

"4.- También fué violado el derecho de defensa y el debido proceso consagrado por la constitución Nacional al INCORA no correr traslado del dictamen pericial rendido por sus funcionarios a la parte demandada, y lo que es más relievante no se admite el memorial de pruebas que en su oportunidad presentara al representante legal de la sociedad Dr. VICTOR MANUEL URUEÑA RICO, quien por razones de orden público y por la ausencia del Gerente y el peligro que corría y corre su vida de ejercer la presentación en la Zona donde se encuentran ubicados los bienes es quien ejerce la representación legal para los fines pertinentes.

"5.- Los dictámenes rendidos por los funcionarios del Incora, además de revestir incongruencia entre ellos, ser parcializados y llegar a conclusiones ilógicas y traidos de los cabellos, son desvirtuados mediante las diligencias de inspección judicial ordenada por el Honorable Consejo de Estado, Dictàmen de los peritos designados en este proceso, y las declaraciones de los testigos allegados conforme a las formalidades legales.

"6.- Los bosques que tenía la sociedad demandante fueron definidos como `...natural intervenido lo que quiere significar es que existen especies de bosques primarios de muchos años de existencia y que ya se ha venido ejecutando un aprovechamiento selectivo de las especies comerciales dando origen a un grado de intervención dirigido ...en un proceso racional de adecuación ...esa intervención presentaba diferentes niveles ...había unos sectores donde quedaban árboles aislados que demostraban su intervención severa, fuerte... pero en ambos casos se estaba dando un proceso... racional de aprovechamiento del bosque y no una tala indiscriminada y a mi modo de ver dañina... existían guardarrayas entre lotes para protección del bosque...'.

"6.1. El bosque expropiado era primario intervenido por ...el resultado de una plantación artificial ejecutada por los propietarios de los predios para establecer especies de valor comercial en la región y en un futuro hacerle un aprovechamiento comercial.

"6.2. Que la sociedad demandante sí ejecutó otras obras como la construcción de campamentos para trabajadores de la finca Arizona y que los señores peritos del Incora `No vieron' y zonas donde el bosque fué completamente explotado por lo cual no aparece en el estudio forestal anunciada como bosque.

"6.3. Que los dueños de los predios La colorada y Arizona, además de los aprovechamientos forestales hicieron adecuación de suelos como dragados, drenajes, puentes, siembra de árboles, etc.

"6.4. Que el proceso de explotación total de la finca se vió truncado por la afectación del predio por el Incora y por las Invasiones.

"6.5. Las obras de canales principales secundarios y terciarios efectuados en las fincas mencionadas también constituyen obras de explotación que fueron desconocidas por el Incora.

"6.6. La prueba técnica rendida por los peritos Fabián Hoyos Patiño y Jaime Villegas Gutiérrez demuestran claramente el verdadero estado de explotación técnica y racional que de los predios rurales de La Colorada y Arizona venían haciendo sus propietarios hasta cuando los grupos subversivos e invasores impidieron continuar la labor.

"6.7. La administración pública por medio del Incora arrebató las tierras a sus legítimos propietarios, quienes venían explotándolas en forma racional en la medida en que la situación de orden público les permitió. Y digo que lo venían haciendo en forma racional porque se demuestra a través de los estudios y de las pruebas recaudadas". (fols. 478 a 480).

El apoderado del Incora, por su parte, pide denegar en su integridad las pretensiones formuladas en la demanda con base a que en la actuación administrativa se acreditó que "el predio LA COLORADA se encuentra explotado por cuenta de los propietarios solo en un 25% aproximadamente y ARIZONA no tiene explotación económica por parte de los propietarios. 2. Para poder llevar a cabo la diligencia de los predios LA COLORADA y ARIZONA se contó con la colaboración del Administrador o Mayordomo de los mismos, Wilson Murillo Copete y para recorrer el predio e indicar sus delimitaciones lo hizo Florentino Balanta Rambay, trabajador de LA COLORADA...'

"Honorable Consejero: No puede ser más claro el relato de las circunstancias de inexplotación en que se encontraron los inmuebles que hoy son motivo del presente litigio". (fol. 456).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que para la Sala deberán anularse los actos acusados, pues de acuerdo con el acervo probatorio la sociedad propietaria tenía y adelanta la explotación económica regular y constante, hasta donde sus condiciones lo permiten y de acuerdo con lo prescrito sobre ese material, por las leyes 200 de 1936 y 135 de 1961, de los predios rurales denominados LA COLORADA y ARIZONA, ubicados en jurisdicción del Municipio de Chigorodó en el Departamento de Antioquia.

Refiriéndose a la extinción del dominio en materia agraria, la Sala en fallo del 28 de mayo de 1992 (Expediente No. 3016 Actor: ISABEL GUERRERO DE PORRAS), con ponencia del consejero Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, hizo las siguientes precisiones que ahora se reiteran:

> "TERCERO.- La figura jurídica de la extinción del dominio que ocupa a la Sala, obtuvo su fuente en el anterior artículo 30 hoy 58 -de la Constitución Nacional y de manera específica en el texto adoptado por el Acto Legislativo No. 1 de 1936, en el que se destaca la prevalencia del interés de la sociedad en general en relación con el interés particular, al declarar que la propiedad es una función social que implica obligaciones. Es un límite exógeno que sufre el ejercicio del derecho de propiedad, como derecho subjetivo. La forma de extinción del dominio igual que la usucapión, son instituciones de diferente naturaleza. En el primer caso, el derecho subjetivo sobre la propiedad se pierde para quien la ostentaba (extinción del dominio) revirtiéndolo a la Nación y en el segundo caso (prescripción) por adquirirlo quien poseyó las tierras en las condiciones y por el tiempo previsto en la ley. Entonces, su característica común, es la de sancionar al titular que sin causa justificada mantiene incultos o abandonados sus terrenos o heredad.
>
> "En la legislación agraria, la extinción del dominio está consagrada y regulada por las leyes 200 de 1936 y 135 de 1961; y en los Decretos que reglamenta esa materia. La primera citada, se ocupa del desarrollo del principio Constitucional y con ese propósito fija las pautas que deben seguirse en el ejercicio de función social que tiene la propiedad, precaviéndola de su eventual cancelación, según lo previsto en su artículo 1o.
>
> "No obstante aquel mandato Constitucional y la disposición precitada si el interesado se niega o rehusar asumir la explotación y la abandona durante tres años contínuos posteriores al 29 de marzo de 1973 (fecha en que fué sancionada la Ley 4ª de 1973, que introdujo modificaciones en los artículos 1o., 6o. y 12 de la Ley 200 de 1936) o anteriores a la Inspección Ocular del trámite administrativo, en esas circunstancias se configuran las causales para que en cumplimiento de expresos mandatos legales se declare extinguido el dominio, oportunidad en la cual el Incora deberá hacer las exclusiones a que haya lugar derivadas de las excepciones y presunciones de explotación consagradas en esa materia (Arts. 6o. inciso 1o. de la Ley 200 de 1936 y 3o. de la Ley 135 de 1961).

"La adecuada explotación de un predio sólo se acredita a través de los medios de prueba que la normatividad agraria denominada PRINCIPALES y COMPLEMENTARIOS.

"Los primeros, se refieren a: 'Prueba principal de la Explotación agrícola, Prueba pericial de la Explotación pecunaria, Prueba principal de la explotación de bosques naturales y artificiales y Prueba principal de obras de irrigación', ellas permiten verificarla en forma objetiva y de manera directa y por la misma causa, se limitan a la inspección ocular (en su lugar, la diligencia de alindación de zonas), en lo que se refiere al trámite administrativo, y en la revisión Contencioso Administrativo a través de la inspección judicial. En ambos casos, pueden ser concurrentes, con la prueba pericial.

"Por su parte, los subsidiarios, como su nombre lo indica, son conducentes para demostrar la posesión cuando al practicarse los primeros los terrenos no se encuentran cultivados, ni existen señales de haberlo sido recientemente, o bien, cuando no se encuentran con ganados o su número es inferior a la proporción prevista en el artículo 6o. del Decreto 059 de 1938 (Arts. 15 a 21 del Decreto 1577 de 1974)".

La realidad fáctica recogida en el acervo probatorio, enseña que mediante la Resolución No. 05749 de 21 de octubre de 1974 Incora adjudicó a título de baldío el predio rural denominado LA COLORADA, con una cabida aproximada total de 197-4727 hectáreas; la base de esa determinación, la constituyó el dictamen pericial de 3 de mayo de 1973, según la cual, el Estado en lo que a explotación económica se refiere era la siguiente: Cultivadas en pastos artificiales 100 hectáreas; en rastrojos de menos de un año 12 hectáreas; en rastrojos de dos años 27 hectáreas de monte de reserva 58-4727 hectáreas.

Igualmente, por medio de la Resolución 01311 del 16 de abril de 1975, la entidad adjudicó a título de baldío el inmueble rural denominado ARIZONA, con una extensión total aproximada de 182-0156 hectáreas; el fundamento de aquella decisión, lo constituyó el informe de la inspección ocular realizada el 18 de febrero de 1974, en la cual su estado se describe así: Un 70% (127-4109) se cubre de pastos artificiales; un 10% (180-2000) hectáreas en rastrojos de dos o tres años y; el 20% restante (36-4031) se encuentra enmontado.

Según las diligencias de verificación realizadas en el trámite administrativo, los dos inmuebles están conformados por suelos de clase 3., siendo propensos a anegamientos por períodos prolongados en razón a su pésimo drenaje natural interno generado en un nivel práctico superficial; los caños que los atraviesan tienen una excelente protección forestal totalmente natural; Arizona es tractorable, en tanto que no lo es La Colorada por la existencia de troncosidades y además presenta limitaciones para el establecimiento de cultivos de clima cálido; conceptúan, que mejorando el nivel freático con la construcción de drenajes, los terrenos podrían sembrarse en arroz, cultivos de pan coger o dedicarse a la ganadería intensiva, en que se refiere a

ocupantes de hecho, en la diligencia de visita previa (1986-1984), únicamente se hallaron dos familias en un área de media hectárea en el predio La Colorada; en diligencia de alindación de zonas, mayo de 1988, se encontraron adicionalmente nueve familias que se establecieron apenas 109 días antes en 182 hectáreas en el fundo Arizona. Del bien último citado, en la diligencia se advierte que se encuentra formado por bosque húmedo tropical, en el que no se adelantan programas de tipo forestal dirigido, con una edad superior a 50 años; de La Colorada, se dice que tienen 49 hectáreas cultivadas en plátano hartón y 3 hectáreas cubiertas por canales y obras para el mejoramiento de las condiciones de los terrenos y complementarias para la producción y transporte de la misma.

Valorada la declaración rendida por el Ingeniero Forestal Jairo Ramírez Gómez, sin interés directo con las partes y que explica la razón de su dicho, permite apreciar que en enero de 1983 fué contratado para realizar un estudio técnico forestal de aquellas fincas y que como consecuencia de sus recomendaciones, en Arizona se implantaron 60 hectáreas en pastos artificiales y realizaron labores de explotación forestal.

La diligencia de Inspección Judicial acompañada de peritos realizada en el proceso el 5 y 6 de septiembre de 1991, es demostrativa de que por lo menos desde antes de la diligencia de alindación de zonas en el fundo La Colorada no solo existe un cultivo de plátano de 49 hectáreas, sino que se adelantan labores en forma organizada, contínua y regular para su explotación y extensión a todo el predio para lo cual cuenta con el personal y parte de las instalaciones necesarias como cobertizos, tanques de lavado, pesos de extracción de agua y bombas con capacidad de 70 galones por minuto, dormitorios para trabajadores, albercas, beneficiadero o empacadora y especialmente varios kilómetros de canales principales y secundarios para el control y uso racional de las aguas, lo mismo que miles de metros de cable con sus torres de soporte para el transporte por todo su perímetro y hasta en beneficiadero de los racimo de plátano; anota que una parte que se desmontó para sembrar más plátanos se halla ocupada por "invasores", lo cual, hizo fracasar la ampliación del proyecto y destaca que en él no hay zonas en bosque o monte. De Arizona, deja constancia que una parte está empradizada con pastos de la variedad Panameña y el resto en monte.

Para el dictamen pericial rendido en el curso de la actuación, que se valora por la idoneidad de quienes lo rindieron, que las partes tuvieran oportunidad de controvertirlo y teniendo en cuenta la firmeza, precisión, calidad de sus fundamentos y su armonía con el resto de los elementos probatorios, **los inmuebles en cuestión se encuentran económicamente explotados**: La Colorada, por estar desmontado y en razón a que las obras de infraestructura y adecuación realizadas por la firma propietaria amparan un total de 153 hectáreas, de las cuales, actualmente 49 de plátano y 104 que habrán de beneficiarse directamente de ellas al ampliarse el área cultivada; en Arizona, en atención a que existen 86 hectáreas de bosque intervenido y 66 hectáreas cultivadas en pasto. De estas fueron despojados sus legítimos propietarios por los invasores. Observan los expertos, que los ocupantes por vías de hecho, tienen descuidadas y abandonadas las obras preexistentes a su instalación en esos terrenos y apenas se dedican a la recolección de los frutos.

La actividad de la administración en la materia que se estudia es reglada. Así las cosas, mal podía el Incora desconocer las resoluciones de adjudicación a que se hizo mención anteriormente, con el pretexto de estudiar la explotación económica de los fundos; según esos actos, en el predio La Colorada, la zona de reserva es de 58-4727 hectáreas y en Arizona, está permitido mantener 36-4031 hectáreas en monte y además, él no se encuentra formado por bosque tropical húmedo con edad superior a 50 años, ya que para 1974 contaba con 100 hectáreas de pastos artificiales y 18 hectáreas en rastrojo de dos o tres años (art. 73 del C.C.A.).

Desacertó la administración, al no apreciar que las obras de adecuación realizadas en el predio La Colorada benefician 49 hectáreas ya cultivadas y habrán de hacerlo con 104 hectáreas más, pues esta superficie no puede considerarse como inculta para los efectos de la aplicación de las normas legales sobre extinción del dominio, como lo preceptúa el art. 24-4 de la Ley 135 de 1961; igualmente es predicable de la hacienda Arizona, en la cual agregadas a las 36 hectáreas que el mismo Incora consideró permisibles para hacer la titulación, el resto está constituido por 86 hectáreas de bosque intervenido y 66 hectáreas cultivadas en pasto.

Tampoco consideró la administración otro factor con gran incidencia en la explotación económica de los bienes, como lo es la especial actividad guerrillera desplegada en la zona, una de las cuales se finca en la presión y apoyo a la invasión de tierras, hecho que es de público conocimiento y que fué probado con el informe rendido el 25 de junio de 1991 por el Comandante del Ejército Nacional (fls. 173 y 175).

Frente a la situación antes descrita, se concluye que el proceso que adelantó la administración fué a todas luces inoportuna e improcedente, permitiendo que cobre fuerza la creencia equivocada de que su acción incentiva o, hacia las invasiones, por lo menos, que admite las tomas de hecho de las tierras y en el peor de los casos, como aquí ocurrió, por personas que las desmejoran y subutilizan. La gestión oficial sólo contribuyó a malograr o retrazar una naciente empresa agroindustrial que tanto reclama esa zona del país, capaz de hacer grandes inversiones de capital y de emplear la mano de obra disponible, para tratar de incorporar el área de aplotación agrícola tierras aptas para ese propósito según mejor convenga a su ubicación y características; por esa causa, puede afirmarse que Incora se desvió de sus objetivos de fomentar la adecuada explotación económica y la utilización social de las tierras rurales y con ello, tratar de superar las complejas y contradictorias presiones del conflicto social que en algunas regiones presenta el campo colombiano.

Como en la actuación administrativa y con los actos que la culminaron, se violaron las disposiciones aplicables de las leyes 200 de 1936, 135 de 1961 y sus decretos reglamentarios, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 84 del C.C.A., deberá declararse la nulidad impetrada en la demanda y a título de restablecimiento del derecho se ordenará la cancelación de su anotación hecha en el registro público.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: No prospera la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales.

SEGUNDO: Como consecuencia de la revisión practicada declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 05742 y 069 del 4 de septiembre de 1989, emanadas de la Gerencia General y de la Junta Directiva de Incora, respectivamente, mediante las cuales se declaró extinguido el derecho de dominio privado sobre la totalidad del predio denominado ARIZONA y sobre parte del predio LA COLORADA, ubicados en jurisdicción del Municipio de CHIGORODO en el Departamento de ANTIOQUIA, propiedad de la SOCIEDAD URUEÑA E HIJOS LTDA.; igualmente declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 017882 y 035 de 9 de abril de 1990, en las que se negó la reposición de las primeras citadas.

En firme este fallo, compúlsese copia con destino al Registrador de Instrumentos Públicos de la Oficina de Registro del Círculo de Dabeiba-Antioquia, a fin de que proceda a cancelar definitivamente el registro que se haya hecho de los actos administrativos anulados y de sus antecedentes, en los folios de Matrícula Inmobiliaria Nos. 0070001190 de la finca ARIZONA y 007-0001189 Serie A 433536 de la Finca LA COLORADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

DEMANDA-Requisitos/CUANTIA/DEMANDA-Interpretación/PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA/PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

La Sala ha desentrañado el sentido de la ley, para entender que la cuantía estimada por el actor debe ser razonada aunque no resulte atendible; principio que, aplicado al sub-judice adquiere sentido pues si el demandante señaló una cuantía, sin razonamiento alguno, competía al a-quo, antes de admitir la demanda, advertir el defecto correspondiente, y ordenar su corrección. Esta apreciación se robustece y nutre con principios constitucionales como el de la doble instancia y el de la prevalencia del derecho sustancial.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Santafé de Bogotá D.C., once de Diciembre de mil novecientos noventa y dos. Consejero Ponente: *Dr. Juan deDios Montes Hernández*.

REF: EXPEDIENTE Nº 6849 *Actor: ALBA RAQUEL SIERRA DE CARRILLO*

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra del fallo proferido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Córdoba el 13 de junio de 1991, en virtud del cual se declaró inhibido para fallar de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

ANTECEDENTES

1. El 25 de abril de 1990 ALBA RAQUEL SIERRA DE CARRILLO, por medio de apoderado judicial debidamente constituído formuló demanda en contra de la NACION-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -DAS, con el objeto que se le declarase responsable de la muerte de su hijo JADER ENRIQUE

CARRILLO SIERRA ocurrida el 15 de septiembre de 1988 en el Municipio de San Andrés de Sotavento, Departamento de Córdoba.

Como consecuencia solicitó las siguientes indemnizaciones:

a. "... Daños y perjuicios patrimoniales por concepto de daño emergente y lucro cesante, más los intereses compensatorios de lo que sumen, desde la fecha en que el daño se produjo, hasta la fijación de la indemnización, en la cuantía que se demuestra en el curso del proceso y,

"b)- Subsidiariamente, en la cuantía en que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica.

"c)- Obviamente, los daños y perjuicios patrimoniales se actualizarán, teniendo en cuenta el incremento del índice de precios al consumidor.

"d)- Además, se le reconocerá intereses por el monto indemnizado que deberá ser aumentado por el incremento promedio que, en el mismo período, haya tenido el índice de precios al sonsumidor (sic), sobre las sumas que resulten a su favor, desde la fecha en que el fallo deba cumplirse y hasta cuando el pago se realice.

"CUARTA.- La Nación Colombiana, dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 173 y 174 del Código Contencioso Administrativo". (fol. 1 y 2).

2. En apoyo de sus pretensiones la demandante contó que:

"El día 14 de Septiembre de 1988 a raíz de haberse ganado chance el señor JUAN ELIAS RODRIGUEZ TULENA, se llenó de alegría e invitó al occiso Joven JADER ENRIQUE CARRILLO SIERRA y VICTOR ROSA, para tomarse unas cervezas, comenzando cerca a su casa, posteriormente salieron al Barrio España y como a las siete de la noche, se trasladaron al centro de Sincelejo al bar "Los Cuatro Cielos" iniciando con aguardiente; como a eso de las doce de la noche el joven JUAN ELIAS RODRIGUEZ TULENA, les pidió a sus acompañantes comerse una gallina en finca de su tío JOSE JORGE TULENA ABIRAMY denominada "BELLAVISTA" ubicada en la región de Las Casitas, comprensión del municipio de San Andrés de Sotavento, Departamento de Córdoba, entonces compañero VICTOR ROSA no quizo acompañarlo ya que tenía clase el día siguiente; entonces el joven JUAN ELIAS RODRIGUEZ TULENA con el occiso joven JADER ENRIQUE CARRILLO SIERRA, procedieron a solicitar un vehículo y al llegar al parque de la ciudad de Sincelejo, solicitaron los servicios del señor WILLIAM HERRARA ALVAREZ quien manejaba un automóvil de servicio público y al haber arre-

glo, procedió a conducirlos a la referida finca y al llegar a ella, tanto el joven occiso JADER ENRIQUE CARRILLO SIERRA como el joven JUAN ELIAS RODRIGUEZ TULENA, comenzaron a gritar y a llamar al cuidandero de nombre CARMELO DE JESUS TOVAR, quien no respondía, cuando de pronto fueron sorprendidos por efectivos del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-SUCRE- con ráfaga de metralleta, dándole muerte violenta al joven JADER ENRIQUE CARRILLO SIERRA e hirieron de muerte al otro joven JUAN ELIAS RODRIGUEZ TULENA, que fué internado en el Hospital Regional de Sincelejo y por intervención quirúrgica oportuna se salvo y en la actualidad cuenta con vida.

"SEGUNDO.- El hecho ocurrió por falla o falta del servicio, o, aún más explícito, por falta o falla de la Administración; pues, todo lo sucedido se efectuó sin el cumplimiento de las formalidades constitucionales y legales; pues no había autorización escrita de autoridad alguna para mantener una patrulla del DAS en dicha finca, pues, como se dijo anteriormente, al llegar el sobrino del dueño de la finca a buscar una gallina y hacer un sancocho en ella como era costumbre y al llegar gritando o llamando al administrador y demás empleados, se sabía que quie (sic) llegó era una persona de entera confianza o de casa para que ellos o sea los agentes del DAS que estaban en dicha finca procedieran a disparar sus armas causándole la muerte violenta al occiso joven JADER ENRIQUE CARRILLO SIERRA, persona esta honesta, seria, trabajadora, era empleado de un taller de la ciudad de Sincelejo donde reparaban motos y debengaba (sic) un sueldo con el cual sostenía a su madre ya que esta es de edad muy avanzada.

"TERCERO.- Como lo dije anteriormente el occiso era empleado y ganaba para la época de su muerte un salario mensual de CUARENTA Y CINCO MIL PESOS ($45.000.oo) M/cte., el cual sostenía a su casa conformada por su madre y él ya que su padre cuando tenía muy poca edad abandonó su hogar, pues ella o sea su madre dependía económicamente de él y quien en el momento de su muerte contaba con una edad de veinticuatro (24) años, un (1) mes más diecisiete (17) días o sea, que contaba con una juventud al ser violentamente muerto sin que las autoridades dieran razón alguna de ella.

"CUARTO.- Con la muerte del joven JADER ENRIQUE CARRILLO SIERRA, su madre legítima señora ALBA RAQUEL SIERRA DE CARRILLO, se ha visto patrimonialmente perjudicada de manera considerable y además, dicha madre ha sufrido moralmente debido a la irreparable pérdida del hijo que la ha sumido en profundo pesar y aflicción y ha disminuído sensiblemente su salud y estado anímico y condiciones plena (sic) de trabajo.

"QUINTO.- Naturalmente, los daños y perjuicios ocasionados a la madre del occiso joven JADER ENRIQUE CARRILLO SIERRA por su muerte están inescindiblemente ligados casualmente con la falla de la administración alegada o falla del servicio.

"SEXTO.- Soy apoderado judicial de la Señora ALBA RAQUEL SIERRA CARRILLO, madre legítima del occiso joven: JADER ENRIQUE CARRILLO SIERRA, poder debidamente legalizado para actuar, el cual pido se me reconozca personería". (folios 2 y 3 C. 1).

3. Notificada del auto admisorio de la demanda, la Entidad demandada la contestó; dijo no constarle los hechos; se opuso a las pretensiones; estimó que no se había cometido falla del servicio y se abstuvo de solicitar pruebas.

El proceso se abrió a prueba por un término de treinta (30) días al cabo de los cuales se dió traslado a las partes para los alegatos finales de la instancia; las dos guardaron silencio, El Fiscal del Tribunal estimó que se debía proferir fallo favorable a las pretensiones de la demanda.

4. La inhibición del Tribunal se fundó en la circunstancia de que la demandante no razonó la cuantía de la pretensión pues se limitó a indicar que ella era superior a los $3.000.000.oo.

5. La inconformidad del apelante se expresa con el siguiente texto:

"a) El suscrito con fecha Abril 20 de 1990, presentó su demanda a que se refiere el presente negocio, en ella y en el aparte que dice: `CUANTIA: Se manifestó que la estimaba en la suma de $40.000.000.oo; pero, en los hechos de demanda y especialmente en el punto TERCERO: Se dijo que el occiso era empleado y ganaba para la época de su muerte, un salario mensual de CUARENTA Y CINCO MIL PESOS ($45.000.oo) M/cte; el cual sostenía a su casa conformada por su madre y él ya que su padre cuando tenía muy poca edad, abandonó su hogar, pues ella o sea su madre dependía económicamente de él y quien en el momento de su muerte contaba con una edad de 24 años, 1 mes y 17 días o sea que contaba con una juventud al ser violentamente muerto sin que las autoridades dieran razón alguna de ella'.

"b) La jurisprudencia ha sostenido que la cuantía aunque no sea razonada en el capítulo de la cuantía, esta se entiende razonada si está explicada en otro acápite de la demanda; pues, Señores Magistrados, en el caso que nos ocupa y tal como lo expliqué en el punto anterior, se colige que si teniendo el occiso una edad de 24 años, que ganaba para la época de su muerte un salario de $45.000.oo y teniendo en cuenta que la vida probable es de 65 años; es de lógica entender, que la cuantía en este caso, estaba razonada en la demanda.

"c) También hay que mencionar que el Honorable Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido, que hay que evitar a todo trance, sentencias inhibitorias y manifiesta que el Juez o Magistrado debe interpretar o escudriñar para ello, la demanda y así no llegar al extremo inhibitorio.

"d) Teniendo en cuenta el anterior concepto, vemos que en este negocio, el Honorable Tribunal que ahora se declara inhibido, con fecha mayo 22 del año anterior, aceptó la demanda por reunir ésta, los requisitos de forma y así lo dice el señor Fiscal en su vista final; pues, no se justifica que el honorable Tribunal que es el mismo, ahora cuando todo ya está prescrito, venga a fallar inhibitoriamente por carencia de razonamiento en la cuantía; pero en su primer auto si lo reconoció al aceptarla y darle el traslado de la misma al Señor Director del Das de Córdoba.

"La Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 2ª) del Consejo de Estado, en auto de fecha Julio 19 de 1984; Magistrado Ponente: el Doctor Joaquín Vanín Tello, expresó: "Ahora bien, una cosa es un negocio por cuantía no determinada o no fácilmente determinable o de no posible determinación al iniciarse el proceso, por cualquiera causa. Si el negocio tiene cuantía, los Tribunales deben conocerlo, en única o primera instancias, **esté o no aquella determinada**, pues como ya se dijo, esa determinación solo incide para establecer si concluye en dicha Corporación el proceso respectivo o es susceptible de subir en apelación o consulta al Consejo de Estado" (Los subrayados están en negrilla en el original) (Anales del Consejo de Estado 2º Semestre de 1984 Nos, 483-484. Tomo CVII, Año LIX).-

"En la misma Tónica anterior el profesor CARLOS BETANCUR JARAMILLO ha expresado al respecto lo siguiente: "Al imponer esa forma razonada, se busca que no sea el querer del actor el que condicione las instancias posibles; y **permite, implícitamente, que el Juzgador no acate esa determinación si no la estima razonable, para efectos de competencia** (El subrayado el mío (sic)).

"Retomando los criterios esbozados y concretándonos al negocio de la referencia por la cuantía, toda vez que en propio libelo se dice que la cuantía es por la suma de $40.000.000.oo M/cte; entonces es viable la alzada contra la sentencia proferida por ustedes Honorables Magistrados". (folios 157 y 158 cdno. 1).

Posteriormente en escrito adicional señaló que en el numeral 3º de los hechos de la demanda se hace una estimación razonada de la cuantía en una suma superior a los $30.000.000.oo de pesos; señaló además con fundamento en los testimonios recibidos en el proceso, que estaban reunidos los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración y el reconocimiento de los perjuicios morales y materiales que le causó la muerte de su hijo JADER ENRIQUE CARRILLO SIERRA.

6. El Fiscal Décimo del Consejo de Estado estima que, por razones de cuantía, es este un negocio de única instancia y que lo procedente es decretar la nulidad de lo actuado y declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación.

LA SALA CONSIDERA

a) La Sala no menosprecia la exigencia contenida en el ordinal 6º del artículo 137 de C.C.A. que impone al demandante la carga de señalar la cuantía de la pretensión y de razonarla, cuando ella sea necesaria para determinar la competencia.

Sin embargo, en varias oportunidades anteriores ha insistido en que el juzgador debe hacer un esfuerzo de interpretación de la demanda, con el objeto de desentrañar -frente a la omisión del demandante- la cuantía de las pretensiones siguiendo las reglas que el propio C.C.A. o el C. de P. C. señalan para el efecto.

El asunto de hoy es algo diferente; en la demanda que introduce este proceso el actor señaló cuantía a sus pretensiones; la estimó "en la suma superior a los cuarenta millones de pesos ($40.000.000.oo) m/cte," (fl. 6); es decir, que su omisión fue parcial; cumplió la carga de señalar la cuantía y pretermitió la de razonarla.

En estas circunstancias, la Sala desentrañado el sentido de la ley, para entender que la cuantía estimada por el actor debe ser razonada aunque no resulte atendible; principio que, aplicado al *sub-judice* adquiere sentido pues si el demandante señaló una cuantía, sin razonamiento alguno, competía al a-quo, antes de admitir la demanda, advertir el defecto correspondiente, y ordenar su corrección.

Esta misión atribuible únicamente al tribunal no se puede utilizar posteriormente para producir fallos inhibitorios que no hacen ningún favor a la administración de justicia y que, por lo tanto, se deben evitar hasta donde sea posible. Simplemente habrá que considerar cumplida la exigencia y creerle al demandante, como se le creyó a lo largo del proceso; conclusión que impone para el presente caso, que el asunto sea de dos instancias; esta apreciación se robustece y se nutre con principios constitucionales como el consagrado en el artículo 31 de la Carta Política a cuyo imperio, la regla general es la doble instancia y la excepción la única; lo cual llevado a planos concretos significa, como lo habrá enseñado ya la Sala, que la duda se resuelve en favor del recurso de apelación; o como el previsto en el artículo 83 que impone la buena fé bilateral, de las autoridades y de los particulares, pero la presume en favor de éstos; o, finalmente, el contenido en el artículo 228 que hace prevalecer el derecho sustancial sobre formalidades objetivas. Lo dicho es suficiente para revocar la inhibición del a-quo y fallar el fondo de la controversia.

b) Con los registros civiles que obran a folios 13 y 14 del expediente, la demandante demuestra que es la madre del difunto Jader Enrique Carrillo Sierra y que, por consiguiente, está legitimada para proponer las pretensiones que depreca en la demanda.

c) A folios 12 aparece la partida de defunción de Jader; en ella se lee:

"En el formulario ....13.... Colombia"

d) Con la copia del oficio visible a folios 43 del expediente y con los testimonios de Juan Elías Rodríguez Tulena, William Herrera Alvarez y José Jorge Tulena Abirami (fls. 117-126), está probado que la muerte del mentado Jader Enrique Carrillo Sierra se produjo por una confusión de los agentes del D.A.S.; habiendo ganado un chance, Juan Elías Rodríguez invitó al occiso a celebrar el suceso y, hacia la media

noche lo invitó a la finca Bellavista que, en sociedad, compartían su madre Naciera y su tío José; este último estaba siendo extorsionado, razón por la cual, a petición suya, el D.A.S. había montado un operativo en la finca; cuando las dos personas llegaron en su vehículo de servicio público y luego de gritar varias veces al celador fueron atacados a tiros por los agentes oficiales con los resultados trágicos que registra el expediente.

La comisión de la falla del servicio fluye claramente.

Pese a lo anterior no hay lugar a indemnización alguna por cuanto en la demanda se reclamaron únicamente los perjuicios materiales (no los morales), tal como dicen las pretensiones copiadas al comienzo de esta providencia, perjuicios que no se probaron.

De este modo, no es posible reconocer perjuicios morales porque se incurrirá en un fallo extrapetita, tampoco lo es respecto de los materiales, por falta de prueba.

El único intento probatorio en este particular, es la constancia de impresos que obra a folios 15, suscrita con William Angulo, según la cual el occiso trabajaba en su taller de reparación de motocicletas y devengaba un salario mensual de $45.000. Nada corrobora esa afirmación que está, en cambio, contradicha por el testigo Juan Elías Rodríguez, cuando dice del difunto:

"Si lo conocía, era vecino de mi casa, es más pasaba mucho en mi casa porque hacía oficios en la casa, diligencias como pagar el agua, la luz ...".

No hay, de otra parte, ninguna prueba relativa a la ayuda económica que, afirma, recibía la demandante, para el sostenimiento de la casa, etc., en otros términos, el perjuicio que se demanda no se probó y el que se pudo haber reconocido no se demandó, razones que determinan el fracaso de las pretensiones planteadas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1) Revócase el fallo apelado.

2) Deniéganse las peticiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del día 11 de diciembre de 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

DEMANDA-Requisitos/CUANTIA/PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL/PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL

Resuelta abiertamente contrario a los principios de lealtad procesal, seguridad de las partes, economía procesal y estabilidad de las decisiones judiciales que tengan ocurrencia situaciones como la que se presenta en el asunto "sub-judice", pues repugna a tales principios que se pretexte una supuesta falta de estimación razonada de la cuantía para arribar a un fallo formal, con lo cual, sin decisión que resuelva de fondo el conflicto de intereses planteado en la demanda, lo único que se logra es incumplir con la obligación de impartir una pronta y cumplida administración de justicia. Y aún es menos admisible que se trate de justificar aquel pronunciamiento inhibitorio aduciendo que se deriva precisamente de la falla que cometió el Tribunal al no haber ordenado oportunamente la corrección de la demanda que supuestamente se requería.

RESERVA DE BALDIOS-Improcedencia/BIEN DE USO PUBLICO-Inexistencia/INCORA

Aceptando que el predio fuera baldío, sólo al ocupante posterior a la declaratoria de reserva para someterlo a un régimen especial debe sujetarse a las nuevas directrices que fije el instituto, si desea ser adjudicatario. A "contrario sensu" quienes se hallaren ocupando y explotando esas tierras con anterioridad a la declaración de destino para una colonización especial, sí tendrán derecho a la adjudicación de la superficie correspondiente y no podrá exigírseles que se sometan a regulaciones progresivamente restrictivas, en el tiempo, del derecho de propiedad consagrado en la Constitución Nacional. En el sub-lite se halla probado que el predio no está integrado por terrenos de uso público, que está siendo explotado económicamente hasta donde sus características lo permiten y, fundamentalmente, es razón a que es de propiedad privada oponible al Estado. Finalmente, es necesario

hacer hincapié en que el Incora, como culminación de los procesos de clarificación de la propiedad, carece de facultad para ordenar la cancelación de los títulos de propiedad que amparan la propiedad agraria, así se disfrace bajo la apariencia de dejar constancia de la calidad de baldíos de los respectivos terrenos.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., once de diciembre de mil novecientos noventa y dos

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

REF. : EXPEDIENTE No.7262 ACTOR : JUAN JULIO BECHARA MARTINEZ Y OTROS. DEMANDADO: INCORA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 27 de noviembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual dispuso:

"Declárase el Tribunal Inhibido para fallar de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

"Condénase en costas al demandante".

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1.- La demanda.-

Con fecha 8 de marzo de 1990, JUAN JULIO, ALFREDO ENRIQUE, CARLOS IVAN, SARA MARIA, KATIA ISABEL y CECILIA BECHARA MARTINEZ obrando por conducto de apoderado regularmente constituído y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., formularon demanda en contra del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA'.

Solicitan se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 03292 y 00078 de 15 de mayo de 1989 y 12 de enero de 1990, respectivamente, mediante las cuales el Gerente General de la entidad pública declara que son baldíos los terrenos que integran el predio rural denominado CIENAGA REDONDA, con una cabida superficiaria total aproximada de 557 hectáreas, ubicada en jurisdicción del Municipio de Montería en el Departamento de Córdoba. Como consecuencia de esa declaración y a título de restablecimiento del derecho piden: en primer lugar, declarar que tales terrenos salieron legalmente del patrimonio del Estado y por tanto, que son de propiedad privada; en segundo lugar, oficiar al Registrador de Instrumentos Públicos de Montería, a fin de que proceda a cancelar la anotación hecha de los actos acusados, y; en tercer lugar

y por último, condenar a la demandada al pago de los perjuicios causados y de las costas del proceso.

2.- Fundamentos de hecho.-

Aparecen relacionados a los folios 2 a 4 y se reducen en síntesis a lo siguiente:

"Los señores JUAN JULIO, ALFREDO ENRIQUE, CARLOS IVAN, SARA MARIA, KATIA ISABEL Y CECILIA BECHARA MARTINEZ son propietarios inscritos del predio CIENAGA REDONDA, ubicado en jurisdicción del Municipio de Montería, departamento de Córdoba, determinado por los siguientes linderos "Por el Norte: con la finca de Julio Salleg y Cía., llamada El Diluvio, de Gloria P. vda. de Vivero; por el Sur: con lote A de la finca Ciénaga Redonda, adjudicada a Socorro Martínez Vda. de Bechara y sus hijos legítimos y lote D. de la misma finca, adjudicada a los mismos; por el Este, con predios de Berrocal Hermanos y lote D. de la finca Ciénaga Redonda, antes mencionada; por el Oeste, con el caserío de Martinica, finca de Julio Díaz y carreteable que conduce de Montería a Leticia". Estos linderos fueron tomados de la resolución demandada.

"2. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en ejercicio de las facultades que le confiere el literal d) del artículo 3o. de la Ley 135 de 1961, mediante Resolución No. 006833 del 21 de diciembre de 1987, ordenó iniciar las diligencias administrativas tendientes a clarificar la situación jurídica, desde el punto de vista de la propiedad, del inmueble rural Ciénaga Redonda, de las situaciones ya referidas.

"3. En firme dicha resolución y con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo séptimo del Decreto 1265 de 1977, la Regional de Córdoba ordenó la práctica de una diligencia de Inspección Ocular (sic.)

"4. La diligencia se practicó el día 27 de enero de 1989 por funcionarios dependientes de la misma Institución, mediante la cual se pudieron comprobar los hechos que se expresan en el acápite III de la resolución acusada, así: "LINDEROS".

"Por el Norte, con finca de JULIO SALLEG & CIA, llamada EL DESEO y la finca EL DILUVIO de GLORIA P. VIUDA DE VIVERO; por el Sur, con el lote A de la finca CIENAGA REDONDA, adjudicada a SOCORRO MARTINEZ VIUDA DE BECHARA y sus hijos legítimos y Lote D. de la misma finca, adjudicada a los mismos; por el Este, con predios de BERROCAL HERMANOS, y lote D de la finca CIENAGA REDONDA, antes mencionada; por el Oeste, con el caserío de Martinica, finca de JULIO DIAZ y carreteable que conduce de Montería a Leticia.

"EXPLOTACION ECONOMICA"

"El inmueble en su totalidad es aprovechado mediante pastoreo de ganado, labor que se limita únicamente a la temporada de verano por cuanto las características cenagosas y la suceptibilidad a las inundaciones del predio no permiten el acceso de semovientes en todas las épocas. Durante la visita se encontraron pastando dentro del inmueble, treinta (30) cabezas de ganado vacuno, cebú cruzado, en buen estado fitosanitario.

"5. De otra parte, en la dicha resolución No. 03292 en el cápite `I PRUEBAS DOCUMENTALES" se dice que se allegaron los siguientes documentos:

"Fotocopia autenticada del dictamen pericial y de la inspección ocular sobre deslinde la Ciénaga Martinica (folios 236 al 243).

"Fotocopia autenticada de la Resolución 097 de 28 de octubre de 1981 emanada de la Junta Directiva del Instituto (folios 244 al 252) y fotocopia de la Resolución No. 032 de 1986 (Folios 361 al 372).

"6. Si nos remontamos a los antecedentes que dieron origen a las averiguaciones realizadas porel INCORA, encontramos que en el año de 1981, mediante Resolución No.097 de 28 de octubre de ese año, el predio CIENAGA REDONDA aparece como colindante de la CIENAGA MARTINICA. Así se lee en la parte resolutiva de dicho acto, cuando al relacionar los linderos dice:'... sigue el detalle No. 14 hasta el detalle No. 9 con MARIA DEL SOCORRO DE BECHARA en distancia de 1.710 mts. ...:'

"7. Esta afirmación aparece luego de ratificada en la parte Resolutiva No. 032 de fecha 11 de junio de 1986, cuando por medio de ésta se desató un recurso de reposición contra la mencionada 097. Véase parte final del artículo primero de dicha resolución 032.

"8. Antes de 1986, el Incora había resuelto otro recurso de reposición interpuesto contra la misma Resolución 097 de 28 de octubre de 1981, que lo fué en el año de 1983 por la Resolución No. 068 del 27 de octubre, en el cual se dijo que los predios que integran el predio EL DILUVIO eran de propiedad privada porque el Estado, con la Resolución del 10 de enero de 1916, emanada del Ministerio de Hacienda. (sic)

"Nótese que este predio se encuentra en las mismas condiciones de colindante como el de CIENAGA REDONDA. Véase, relación de linderos, casi en la parte final de la hoja No. 8 de la resolución 097.

"9. Este hecho aparece consignado en la parte considerativa de la Resolución 03292 de fecha 15 de mayo de 1989 cuando en el acápite `II ANTECEDENTES DE TRADICION' expresa:

"Los antecedentes de tradición de acuerdo con el folio de matrícula inmobiliaria citado anteriormente, se remonta únicamente al año de 1914, titulación inscrita que no es suficiente para demostrar que el predio salió del patrimonio del Estado en los términos de los artículos 3° inciso 2° y 4° de la Ley 200 de 1936, por tratarse de terrenos que constituyen lecho de la Ciénaga de Martinica y por tanto son bienes de uso público'.

"El Incora con su proceder ha causado perjuicios a mi procurado que han de valorarse conforme a experticias especiales". (fols. 2 a 4).

Las normas violadas con la actuación administrativa y el concepto de violación, están relacionadas a los folios 4 a 9.

3. **La actuación procesal en la primera instancia**.-

Practicada la notificación del auto admisorio de la demanda, compareció a la actuación por medio de apoderado quien contestó el libelo introductor del proceso, propuso como excepciones de fondo la imposibilidad de que la entidad sea condenada en costas, de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales y de falta de competencia. Las pruebas únicamente pedidas por los actores, fueron decretadas por auto de 16 de julio de 1990, siendo allegadas de manera regular y oportuna a los autos (fol. 73).

Transcurrido el término que les fué concedido para acreditar los supuestos fácticos que constituyen el fundamento tanto de las súplicas de la demanda como de la impugnación, se corrió traslado del proceso a fin de que las partes pudieran presentar sus alegatos de conlusión y así mismo que la Fiscalía rindiera su vista de fondo (fols. 179 y 192). El mandatario judicial de la parte actora presentó el memorial visible a los folios 184 a 190, en el que solicita se acceda a las pretensiones impetradas en la demanda y sintetiza los cargos formulados, así como los hechos acreditados con el acervo probatorio, de la manera siguiente:

"A. Que no puede darse la REVOCATORIA DIRECTA, sin el consentimiento expreso y escrito de titular del derecho reconocido.

"B. Que de acuerdo con la peritación el predio CIENAGA REDONDA nunca ha sido COLINDANTE con la CIENAGA MARTINICA, en razón a que entre esta última y el inmueble de mis demandantes, se encuentra el predio denominado `MARRUECOS'. (sic).

"C. Que el `Incora', no puede porque no es COMPETENTE, para convertir BIENES DE USO PUBLICO en BIENES BALDIOS, afirmación que surge del trato jurídico dado en este caso, pero no porque el predio CIENAGA REDONDA tenga ese carácter de bien de uso público, puesto que este salió del patrimonio de la Nación desde el año de 1914 en atención a que se da el presupuesto legal establecido en el inciso 2° de; Art. 3° de la Ley 200 de 1936.

"D. Los terrenos que integran el predio CIENAGA REDONDA, nunca han tenido la afectación de bienes de uso público, por clara y meridiana razón de que jamás han integrado el álveo o cauce de la ciénaga tantas veces mencionada". (fols. 189 y 190).

El apoderado del Incora en su escrito, agregado a los folios 180 a 183, pide denegar las pretensiones de la demanda, demostrado como está que el predio CIENAGA REDONDA en la mayoría de su extensión hace parte de la ciénaga que lleva su mismo nombre, que a su vez se halla comprendido dentro del perímetro de la llamada Ciénaga de Martinica, bienes de uso público y por lo mismo, inalienables e imprescriptibles; relieva que en la diligencia de Inspección Ocular practicada en asocio de peritos del Agustín Codazzi el 27 de enero de 1989, se estableció que el inmueble en cuestión está comprendido en la Ciénaga Martinica, según plano elaborado por el Instituto 232-316. "Este predio tiene la mayor parte del área dentro de la ciénaga y las cercas internas se dirigen al interior de la misma donde se pierde, en su parte profunda.".

Refiriéndose a los antecedentes de tradición y dominio, el mismo apoderado afirma que "En el presente caso, como quedó antes anotado, el inmueble rural denominado CIENAGA REDONDA, se encuentra localizado dentro de los terrenos que conforman el lecho y los playones de la Ciénaga de Martinica es un bien del Estado de uso público, por lo tanto la propiedad privada sólo podrá acreditarse con la presentación del título originario del Estado, que no haya perdido su eficacia legal, o con cualquier otra prueba plena de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado o con la exhibición de un título traslaticio de Dominio, otorgado con anterioridad al 11 de Octubre de 1821, si el interesado demuestra que se encuentra en el artículo 4° de la citada norma. El antecedente de tradición se remonta al 2 de junio de 1914". (fol. 182).

Para terminar, subraya que "EL INCORA en la Resolución número 078 del 12 de enero de 1990, para refutar estos argumentos señala que,: Un bien público es aquel cuyo dominio pertenece al Estado y su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, así lo dispone el artículo 674 del Código Civil y la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de abril de 1943 (L.V. 446) que confirmó tal criterio cuando expresó: 'Los bienes del Estado son de uso público y fiscales a éstos últimos ...'Los primeros, los de uso público, son aquellos cuyo aprovechamiento pertenece a todos los habitantes del país, como los ríos, los puentes, las calles, los caminos, etc. Los bienes de uso público lo son por naturaleza o por el destino jurídico, se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. 'Son inalienables, como que está fuera del comercio, e imprescriptibles, mientras sigan asignados a la finalidad pública y en los términos que esta finalidad pública lo exija.'

"En el caso que se analiza los dos elementos que identifican un bien de uso público, se presenta con toda claridad, pues nadie puede pretender con alguna lógica, que los ríos, los lagos, las ciénagas y en general los cuerpos de agua son de propiedad

de los particulares; sobre éstos bienes la Nación siempre ha ejercido su dominio, no solo por su naturaleza, uso y destinación, sino en virtud del dominio eminente del Estado y con fundamento en el artículo 4° de la Constitución Nacional ... .'

"También se señala en la misma Resolución en cita: 'En el presente caso, sin pretender suplantar al legislador y expresamente en ejercicio de la posibilidad que prevén los artículos 27, inciso 2° y 32 del Código Civil, este despacho considera que el legislador al referirse a los bienes de uso público en el artículo 677 del Código Civil, se refiere no únicamente a las aguas, sino también a todos los elementos o componentes físicos que integran su cuerpo de aguas, obsérvese que como ejemplo de esos bienes, cita a los ríos, bienes éstos que dentro de la sana lógica, no pueden concebirse sin sus riveras y sin un lecho o cauce que los sustente, componentes que por su naturaleza no pueden desagregarse, pues son cosustanciales para la formación del todo como es un río; es pertinente además tener en cuenta que el citado artículo no excluye el cauce o lecho de los ríos, así pues que no es incongruente concluír, que cuando el legislador quiso que los ríos, los lagos, las ciénagas y demás cuerpos de agua que sean del Estado y de utilidad pública de sus administrados, se refirió al conjunto físico natural, pués no podía entregarle al Estado la propiedad únicamente de las aguas y no del cauce o lecho, así como la utilidad pública no podía restringirla exclusivamente a las aguas ...". (fols. 182 y 183).

La Fiscalía del Tribunal, en el concepto que rindió, solicita acceder a las súplicas propuestas por la parte actora en la seguridad de que con ello se hará justicia. Al efecto, subraya que la demandada mediante Resolución No. 097 de 28 de octubre de 1981, determinó e individualizó con toda precisión y acierto las 2.818.8.000 hectáreas que conforman la Ciénaga de Martinica, ordenando su inscripción en el registro público quedando los terrenos correspondientes como baldíos de propiedad de la Nación Colombiana. Tal delimitación, excluyó al predio Ciénaga Redonda, no solo porque venía siendo explotada con ánimo de señor y dueño, sino especialmente en razón a que quienes la adelantaban demostraron ser de su exclusiva propiedad por haberlo adquirido con justo título y buena fé, acreditando además tradición debidamente saneada hasta la Escritura Pública No. 192 de 2 junio de 1914 de la Notaría Unica de Montería.

"Si esto es así, agrega, qué ha pasado durante más de estos 70 años en que este predio ha estado siempre explotado y legalmente en cabeza de personas que con sudor y sacrificio y con trabajo físico ha logrado explotarlo y conservarlos para sus sucesivas y particulares descendencias. La verdad es que con este comportamiento, el agente del Estado Colombiano en este caso el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria está pisoteando en toda su extensión y magnitud el artículo 30 de la Constitución Nacional vigente para la fecha de los hechos y el artículo 58 de la nueva Constitución Nacional que hoy nos rige, que garantizan el derecho a la propiedad privada adquirida con justo título.

"Y es que, como lo dice el Demandante, no solamente en esa Resolución No. 97 se excluyó al predio 'Cienaga Redonda' del marco o como perteneciente a la reserva

de la 'Cienaga Martinica', y como por consiguiente que fuera baldío de propiedad de la Nación, sino que ratificó esa posición en la resolución No. 032 de 1986.

"Con estas manifestaciones expresas, claras, objetivas y sin duda de ninguna naturaleza, el INCORA ha hecho una manifestación de su voluntad estatal ratificando en forma expresa que la 'Finca Ciénaga Redonda', desde 1914, ha venido siendo de propiedad particular, manifestación ésta que ha sido hecha en forma libre y expontánea, con lo cual se ha creado un acto administrativo de carácter particular y concreto, manifestación ésta que ha sido desconocida violando claros preceptos legales al cambiar de posición y criterio, con la expedición de la resolución 03292 en la que considera y declara como baldío el predio rural denominado 'Ciénaga Redonda'. Este cambio de criterio viene a constituir ni más ni menos lo que se conoce como revocación directa de actos de carácter particular y concreto, lo que al decir del artículo 73 del C.C.A., para que ellos prospere es requisito `sine cuanon' el consentimiento expresó y escrito del titular del respectivo derecho. Vale decir Señor Magistrado que se necesitaba el consentimiento manifiesto, expreso y escrito de cada uno de los actores para que el INCORA produjera ajustado a la ley la resolución 03292 cuya nulidad se invoca, precisamente por este motivo particular".

Concluye su exposición, luego de reseñar que el experticio rendido en el proceso, con base en fotos y planos elaborados por el Agustín Codazzi y la International Petroleum Co. de Colombia, confrontados y verificados sobre el terreno, conceptúa que el fundo Cienaga Redonda no hace parte de la reserva de baldíos constituida por la Ciénaga de Martinica (fols. 139 a 199).

4.- **La sentencia apelada**.-

En la providencia objeto de la alzada, visible a los folios 231 a 249, el a-quo declara no probadas las excepciones propuestas por Incora, salvo la ineptitud sustantiva de la demanda, la cual, acoge al encontrar demostrado que en ese libelo no se hizo la estimación razonada de la cuantía y en tales circunstancias" no es posible establecer si el proceso es de única instancia y por consiguiente su sentencia no es consultable, o por el contrario, de primera instancia y por tanto, obligatorio el grado de consulta.

Para el Tribunal, como el demandante no cumplió con el razonamiento previsto en la ley, es obvio colegir que en el asunto sub-lite no existe demanda en forma, resultando vulnerados el numeral 6° del art. 137 del C.C.A., en concordancia con el numeral 9° del Art. 131 del mismo texto. Como fundamento adicional de su decisión, aclara que "la circunstancia de no haber ordenado el Tribunal la corrección de la demanda, que entre otras cosas no fué admitida por el suscrito ponente y que solo hasta esta etapa procesal se cerciore de su ineptitud, no impide que la excepción prospere, ocasionando un fallo inhibitorio".

5. **Los alegatos de segundo grado**.-

Inconforme con la sorpresiva decisión que se dejó extractada, el apoderado de los actores la apeló oportunamente. En el memorial en el que sustenta el recurso,

solicita se revoque dicha sentencia y en su lugar, que se haga un pronunciamiento definitivo sobre las pretensiones y conforme a las probanzas allegadas al plenario.

Señala que en su libelo hizo una estimación razonada de la cuantía y que si bien es cierto que no se logró demostrar el monto del daño, también lo es que ello únicamente impide reconocer la indemnización que se reclama (fols. 251 y 252).

En el término del traslado que se dió para que presentaran sus puntos de vista en esta instancia, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (fols. 263 a 265).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PRIMERO: Para la Sala el fallo objeto del recurso de apelación no debe confirmarse y será revocado por las siguientes razones:

A. Como ya hubo oportunidad de expresarlo en este mismo asunto, resulta abiertamente contrario a los principios de lealtad procesal, seguridad de las partes, economía procesal, y estabilidad de las decisiones judiciales que tengan ocurrencia situaciones como la que se presenta en el asunto sub-judice, pues repugna a tales principios que se pretexte una supuesta falta de estimación razonada de la cuantía para arribar a un fallo formal, con lo cual, sin decisión que resuelva de fondo el conflicto de intereses planteado en la demanda, lo único que se logra es imcumplir con la obligación de impartir una pronta y cumplida administración de justicia.

Y aún es menos admisible que se trate de justificar aquel pronunciamiento inhibitorio aduciendo que se deriva precisamente de la falla que cometió el Tribunal al no haber ordenado oportunamente la corrección de la demanda que supuestamente se requería y que quien la admitió así fué el antecesor del último ponente en el primer grado. Planteamientos de tal naturaleza ameritan rechazo total, no sólo en atención a que el Tribunal es el mismo en todo tiempo y de manera particular, porque si sus apreciaciones tuvieran base de acierto en ese lapso tuvo a su disposición los instrumentos procesales que le hubieran permitido dilucidar y aclarar el punto en cuestión (art. 169 del C.C.A. y 4° y 37-4 del C. de P.C.).

B. Si bien la demanda no constituye ningún modelo de ortodoxia en lo concerniente a la fijación del valor de las pretensiones, la interpretación contextual del libelo sí permite afirmar que contiene una estimación razonada de la cuantía que avaluó en la suma de veinte millones de pesos, después de mencionar que el objeto material de las súplicas, el inmueble denominado Ciénaga, ostenta títulos que los acreditan como de propiedad privada, que está siendo explotado hasta donde sus condiciones lo permiten en ganadería y que tiene una extensión superficiaria aproximada de 557 hectáreas. Las bases del estimativo hecho por la parte actora, encuentra respaldo precisamente en el experticio rendido en el curso de la actuación, en el cual, la explotación económica hallada en el fundo se describe de la manera siguiente:

"Realizadas las inspecciones necesarias establecimos lo siguiente: que este predio ubicado en la región de Martinica, jurisdicción del Municipio de Montería y con una extensión superficial de 550 has., presenta una topografía muy común en las fincas del Valle del Sinú próximas a este río o a cualquier depresión de su sistema geográfico. En los terrenos que la conforman, se pueden delimitar tres (3) lotes perfectamente diferenciados por diferentes aspectos que se detallan; un lote que colinda con la carretera de aproximadamente 160 has, está totalmente rodeado por albarradas, que hacen de esta parte de la finca un lote de humedad controlable, en el cual hay actualmente 80 has. de sorgo, para recolectar, 30 de Arroz y 30 en preparación, todos estos cultivos mecanizados. Próximo y contiguo esta parte de la finca inspeccionamos un lote de terreno de aproximadamente 240 has., prácticamente cubiertas de agua en su totalidad, con profundidades en la fecha de visita a este lote de 20 a 50 cms., como promedio estimado.- Contiguo a este lote se estableció mediante la inspección, que existe otro lote de terreno de aproximadamente 150 has., con una conformación de tierras bajas, con charcos y suelos de alta humedad.- Con obras similares a las descritas en el lote de terreno colindante con la carretera, las dos últimas partes de la finca mencionadas, pueden ser perfectamente explotadas en agricultura y ganadería en forma racional todo el año. En toda la finca está alambrada con cerca con nacederos, tiene tres divisiones y una casa campamento". (Fol. 83).

Así las cosas, pués, se deduce que en el libelo demandatorio se hizo una estimación razonada de la cuantía, de la cual, se infiere que el proceso incoado tiene vocación de dos instancias y además, que carece de fundamento la excepción propuesta por el Incora de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y, por tal motivo habrá de revocarse la decisión recurrida.

SEGUNDO: El examen de fondo para resolver de las cuestiones que aquí se debaten, amerita las siguientes precisiones:

1. El artículo 73 del C.C.A., preceptúa que cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Apreciado en su conjunto el acervo probatorio, permite concluir que las resoluciones acusadas contienen o conllevan a una revocación directa o de plano de un acto dictado por el mismo organismo que hubiera creado o modificado una situación jurídica, particular y concreta a favor de los demandantes. En efecto:

Mediante la Resolución No. 097 del 28 de octubre de 1981, se procedió a delimitar como baldíos reservados de propiedad nacional los terrenos que conforman la Ciénaga de Martinica, ubicados en jurisdicción del Municipio de Montería en el Departamento de Córdoba. En el capítulo referente a las adecuaciones hechas en el interior de la Ciénaga, el acto administrativo recaba que en su perímetro está el fundo

denominado CIENAGA REDONDA y afirma en lo pertinente: Se observaron algunas obras de adecuación por parte de particulares, **presuntos propietarios de los predios siguientes**: ...6°. En los predios JARAQUIEL, EL DESVELO, EL ROSARIO, **CIENAGA REDONDA** Y EL DESEO, se observaron tumbas de vegetación típica de ciénagas; estos predios se inundan en invierno y durante el verano se dedican a la ganadería; "si bien es cierto que la providencia menciona a la señora SOCORRO M. Vda. DE BECHARA, no lo hace como copropietaria o comunera en el predio que reclama la parte actora, en el que no tenía ningún derecho según dá cuenta el folio de Matrícula Inmobiliaria agregado a los folios 64 a 66, sino en virtud a que independientemente de aquel bien, ella había implantado algunas cercas dentro de la Ciénaga de Màrtinica y por ser propietaria o comunera en otro fundo también llamado Ciénaga Redonda, concretamente el que fué adjudicado por el Ministerio de Hacienda el 10 de enero de 1916 (fls. 22 y 43).

Por medio de la Resolución 032 de 11 de junio de 1986, la administración desató algunos recursos de reposición y solicitudes de nulidad impetradas contra la Resolución 097 de 1981; este acto reconoce que antes de hacer un pronunciamiento definitivo es imprescindible clarificar si los títulos esgrimidos sobre varios inmuebles, entre ellos y concretamente el reclamado por los hoy demandantes acreditan haber salido legalmente del patrimonio del Estado, o, son de propiedad privada y al efecto discurre así:

> "De lo señalado anteriormente, se desprende, que los poseedores inscritos de los predios: GALAN, CIENAGA REDONDA y MARRUECOS, señalan que sus fundos tienen suficiente para acreditar propiedad privada sobre los mismos y, que por esta circunstancia deben ser excluídos de la resolución No. 097 de 1981, que los declaró baldíos reservados y los deslindó como tales del resto de tierras colindantes.
>
> "Continuación de la Resolución 'Por la cual se resuelven los recursos de reposición, y las solicitudes de nulidad presentados contra la Resolución No. 097 de octubre 28 de 1981, por la cual se declararon baldíos reservados y se deslindaron los terrenos que conforman la Ciénaga de MARTINICA y Playones, ubicados en jurisdicción del Municipio de MONTERIA, Departamento de CORDOBA'.
>
> "Al respecto, debe indicarse que dentro del trámite de deslinde adelantado sobre los terrenos de la Ciénaga de MARTINICA. quedó plenamente demostrado a través del dictamen rendido por los peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (fols. 207 a 210) que los terrenos deslindados por la resolución No. 097 de 1981, están conformados por el vaso de la Ciénaga y por los playones de la misma y que fueron ocupados por los colindantes después de desecarlos mediante obras de adecuación. Como se recuerda, dada la naturaleza de estos bienes la Ley presume que son baldíos y están sometidos en cuanto a su uso, aun régimen legal especial. En tal virtud, así se declaró en la resolución recurrida.

"Como la totalidad de estos colindantes alegaron propiedad sobre parte de los playones al hacer uso del recurso de reposición el Instituto ordenó según lo establecido por el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo determinar mediante una visita, si tales inmuebles estaban en todo o en parte dentro de los terrenos deslindados. De acuerdo con el informe de esta diligencia se comprobó que efectivamente parte de estos inmuebles quedaron incluidos dentro de los linderos fijados por la resolución 097 de 1981.

"Sinembargo, la determinación de la parte de los terrenos deslindados comprendida dentro de los linderos contenidos en los Certificados de Registro correspondientes a los fundos en mención, así como si los títulos aportados por los colindantes son suficientes para desvirtuar la presunción de baldíos que por Ley tienen aquellos bienes, no puede hacerse como consecuencia del trámite de deslinde, pues la finalidad de este no es otra que determinar los linderos técnicos de un bien considerado como baldío. El estudio de los títulos que amparen los derechos invocados por los colindantes sobre esas tierras, así como la definición en cuanto a su situación jurídica desde el punto de vista de la propiedad, solo será posible hacerlo previo agotamiento del trámite de Clarificación, previsto en el Decreto 1265 de 1977.

"En estas condiciones, ante la imposibilidad de hacer un pronunciamiento de tal naturaleza dentro del trámite de Deslinde establecido por el Decreto 2095 de 1961 y teniendo en cuenta que las resoluciones Nos. 097 de 1981 y 068 de 1983 no se hallan aún en firme, se considera necesario suspenderlas mientras se adelantan los procedimientos de Certificación de la propiedad en relación con los predios: GALAN, CIENAGA REDONDA y MARRUECOS con el fin de determinar la parte de dichos inmuebles conformada por los playones de la Ciénaga de MARTINICA, como también, si los títulos existentes sobre esos mismos bienes desvirtúan la presunción de baldíos que la ley les confiere.

"Concluídos dichos trámites, ésta Junta decidirá si hay lugar a excluir alguna porción de terreno de los linderos señalados en la resolución No. 097 de octubre 28 de 1981, o si por el contrario dicha providencia queda en firme". (Fols. 35 y 36).

En consonancia con lo antes dicho, resuelve: "Suspender las Resoluciones Nos. 097 de octubre 28 de 1981 y 068 de octubre 27 de 1983, emanadas de esta Junta, mediante las cuales se fijaron los linderos de los terrenos baldíos que conforman la CIENAGA DE MARTINICA y su Playones adyacentes, ubicados en jurisdicción del Municipio de MONTERIA, Departamento de Córdoba, mientras se adelantan los trámites de Clarificación de la Propiedad en relación con los predios denominados: GALAN, CIENAGA REDONDA y MARRUECOS, colindantes con dicha Ciénaga.

"PARAGRAFO: Concluídos los trámites de Clarificación sobre los predios antes citados, esta Junta decidirá si hay lugar o no a excluir parte de los terre-

nos deslindados mediante Resolución No. 097 de octubre 28 de 1981". (fol. 37).

Por las razones anotadas, con la Resolución No. 006833 del 21 de diciembre de 1987, se ordenó clarificar la situación jurídica desde el punto de vista de la propiedad del fundo Ciénaga Redonda. El trámite, culminó con los actos impugnados en los que se declara que no han salido del patrimonio del Estado y por tanto, conservan la condición de baldíos reservados los terrenos, 557 hectáreas, que conforman el predio rural en cuestión; para arribar a esa conclusión, la entidad pública tuvo en cuenta únicamente que él "se encuentra localizado dentro de los terrenos que conforman el lecho y los playones de la Ciénaga de Martinica, por consiguiente se trata de un bien del Estado de uso público y por tanto la propiedad privada solo podrá acreditarse con la presentación del título originario del Estado, que no haya perdido su eficacia legal, en aplicación de lo establecido en el inciso segundo del artículo 3° de la ley 200 de 1936 o con cualquiera otra prueba, también plena, de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado, o con la exhibición de un título que genere el traslado del dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1981, si el interesado demuestra que se halla en el evento contemplado en el artículo 4° de la citada norma. Los antecedentes de tradición del predio rural CIENAGA REDONDA, como se expuso anteriormente, solo se remonta al 2 de junio de 1914, y no se ha presentado título originario. (fols. 39 a 43). Como consecuencia ordenó su anotación en el registro público y que en los certificados que se expidan se deje constancia de la condición jurídica de BALDIOS que tienen esos terrenos.

La Sala valora el dictamen pericial rendido en el curso de la actuación por la idoneidad de quienes lo realizaron y teniendo en cuenta la firmeza, precisión, calidad de sus fundamentos y su coincidencia con los documentos emanados del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y planos elaborados por las compañías petroleras. Experticio que con fuerza de convicción, permite concluir que aquel inmueble se halla por fuera del perímetro delimitado de los terrenos que integran el lecho y los playones de la Ciénaga de Martinica, respecto de lo cual, conceptúa "Entre la finca Ciénaga Redonda y la Ciénaga de Martinica se interpuso una franja considerable de extensión de tierras bajas, con charcos y caños inundados, a través de los cuales las aguas de la finca Ciénaga Redonda van a confluir a la Ciénaga de Martinica, determinado por el declive natural del terreno. Se establece además, que actualmente la finca Ciénaga Redonda al punto más cercano de la Ciénaga de Martinica en línea recta, hay una distancia aproximada de 1.100 metros y que el área de la Ciénaga de Martinica es de 150 has., calculado mediante el uso de un planímetro sobre un plano levantado por el INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZZI.". (Fols. 83 y 84).

Además de que la finca no está conformada por terrenos de uso público, debe destacarse que en todo tiempo ha estado explotada económicamente, tanto a la fecha del dictamen de los peritos como se vio, sino también desde la fecha de la inspección ocular practicada en el curso de la actuación administrativa, que en lo pertinente afirma:

"El inmueble en su totalidad es aprovechado mediante pastoreo de ganado, labor que se limita únicamente a la temporada de verano por cuanto las carac-

terísticas cenagosas y la susceptibilidad a las inundaciones del predio no permiten el acceso de semovientes en todas las épocas. Durante la visita se encontraron pastando dentro del inmueble treinta (30) cabezas de ganado vacuno, cebú cruzado, en buen estado fitosanitario.

"CONSTRUCCIONES Y OBRAS COMPLEMENTARIAS.-

"Se estableció la existencia de una casa de habitación de 12 X 5 mts. aproximadamente, con piso de cemento, paredes de bloque de cemento y techo de zinc con su respectiva cocina de piso de tierra, paredes de madera y techo de palma.

"Otras construcciones: Un corral de varetas (5), de 20 X 10 mts. aproximadamente, con su respectivo embudo y manga en buen estado.

"OCUPANTES.-

"En la fecha de inspección ocular no se encontraron ocupantes diferentes a los presuntos propietarios ...". (fl. 42).

Aceptando en gracia de discusión que el predio fuera baldío, sólo al ocupante posterior a la declaratoria de reserva para someterlo a un régimen especial debe sujetarse a las nuevas directrices que fije el Instituto, si desea ser adjudicatario. "A contrario sensu, quienes se hallaren ocupando y explotando esas tierras con anterioridad a la declaración de destino para una colonización especial, si tendrán derecho a la adjudicación de la superficie correspondiente y no podrá exigirles que se sometan a regulaciones progresivamente restrictivas, en el tiempo, del derecho de propiedad consagrado en la Constitución Nacional.

Hecha la salvedad, como se vió, de aquellos predios destinados o reservados a un servicio, conforme al artículo 3° de la ley 200 de 1936, los particulares demuestran al Estado que tienen la propiedad de los inmuebles explotados económicamente con la sola presentación de un título originario que no haya perdido su eficacia legal, ó bien, demostrando la existencia de títulos inscritos anteriores a la vigencia de dicha ley en los que consten tradiciones del dominio por un lapso no inferior al exigido para declarar su pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva de propiedad, ó sea, igual o anterior al 7 de abril de 1917; en el plenario está demostrado que el bien tiene una tradición inscrita que comprende un lapso mayor al exigido en esa preceptiva, que se remonta a dos (2) de junio de 1914. (fols. 43 y 64 a 66).

Así las cosas, pues, deberá declararse la nulidad de los actos acusados en virtud a que se halla probado que el predio denominado CIENAGA REDONDA no está integrado por terrenos de uso público, que está siendo explotado económicamente hasta donde sus características lo permiten y, fundamentalmente, en razón a que es de propiedad privada oponible al Estado. Finalmente, es necesario hacer hincapié en que el Incora, como culminación de los procesos de clarificación de la propiedad,

carece de facultad para ordenar la cancelación de los títulos de propiedad, que amparan la propiedad agraria, así se disfrace bajo la apariencia de dejar constancia de la calidad de baldíos de los respectivos terrenos. En la sentencia de julio 30 de 1985 (Expediente No. 11.090, Actor: Jaime Rodríguez Camacho), la Sala Plena de la Corporación, con ponencia de la Doctora AYDEE ANZOLA LINARES, proceso similar al que se comenta, dijo: "Y no obstante el texto claro y perentorio del artículo 32 antes descrito, Incora se apoya en el Decreto 1265 de 1977, al dictar uno de los actos enjuiciados para ordenar la cancelación del título distinguido con el número 2161 de 14 de mayo de 1976 de la Notaría Cuarta de Bogotá y registrado en la Notaría del Círculo de Yopal, con lo cual desconoció, una vez más, lo previsto en la legislación agraria, y aplicó una disposición que es abiertamente inconstitucional, pues el decreto anteriormente citado, fué más allá de las previsiones que contiene la ley que reglamenta, por lo cual desbordó la potestad reglamentaria contemplada en el ordinal 3° del artículo 120 de la Carta, fuera de que so pretexto de clarificar unos títulos, invadió la órbita del órgano jurisdiccional, modificó situaciones subjetivas por fuera del marco que estrictamente le había señalado la ley. Por estas razones, considera la Sala que el Decreto 2161 de 1977 no debió aplicarse por ser contrario a la Constitución, como ya se apuntó".

En esa misma oportunidad, con la aclaración de voto hecha por el Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo, que la Sala comparte y prohija, se hicieron las siguientes precisiones:

> "Por esta razón el Incora podrá culminar las diligencias de clarificación, luego de oir a las partes y al Ministerio Público y de practicar las pruebas, con una providencia que declare:
>
> "a) que en relación con el inmueble investigado no existe el título originario expedido por el Estado (art. 13, Decreto 059 de 1938).
>
> "b) Que el bien investigado posee su título de adjudicación que no ha perdido su eficacia legal;
>
> "c) Que el inmueble es de propiedad privada porque su dueño exhibe una cadena de títulos inscritos otorgados con anterioridad a la vigencia de la ley 200 de 1936, en los que constan tradiciones de dominio por un lapso no menor al término que señala la Ley 50 de 1936 para la prescripción extraordinaria;
>
> "d) Que los títulos aportados son insuficientes, o bien porque no acreditan ese dominio, sino la tradición de las mejoras hechas sobre el inmueble, o se refieren a inmueble no adjudicable situado en zona de reserva o destinado al uso público.
>
> "Pero si hecha la averiguación resultare que el inmueble está ocupado, poseído en los términos de la legislación agraria (Decreto 059 de 1938), la decisión del Incora no podrá concluir, como corolario de una cualquiera de las declaracio-

nes indicadas en los literales precedentes, que el inmueble es baldío. Y no puede hacerlo porque estaría desvirtuando, sin poder para ello, la presunción del artículo 1° de la Ley 200 de 1936; presunción que, aunque legal, es oponible a todos, con mayor razón frente al Estado. En otros términos, evidenciada la posesión agraria, el Incora no puede culminar sus diligencias de constatación con la declaración de que el bien es baldío, así el poseedor no presente título originario expedido por el Estado, no tenga título de adjudicación vigente o no tenga la cadena de títulos inscritos de que habla el literal c) precedente.

"En parte alguna dice la ley colombiana que la presunción del artículo 1° antecitado no es oponible al Incora".

En el marco de la precedente orientación jurisprudencial, el Incora no podía ordenar ninguna anotación en el folio de matrícula inmobiliaria del fundo, cuestión para lo que no está autorizado; a título de restablecimiento del derecho, se ordenará levantar la inscripción hecha en el registro público de los actos acusados.

No prospera la pretensión de condena al pago de los perjuicios materiales, porque no se probaron.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCASE la sentencia apelada, esto es, la del 27 de noviembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

SEGUNDO: DECLARASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 03292 y 0078 del 15 de mayo de 1989 y 12 de enero de 1990, mediante las cuales el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, declaró que no han salido del patrimonio del Estado y por tanto, conservan la condición de baldíos reservados, los terrenos que conforman el predio rural denominado CIENAGA REDONDA, con una extensión total aproximada de 557 hectáreas ubicado en jurisdicción del Municipio de Montería en el Departamento de Córdoba, propiedad de JUAN JULIO BECHARA MARTINEZ Y OTROS.

En firme este fallo, compúlsese copia con destino al Registrador de Instrumentos Públicos de la Oficina de Registro del Círculo de Montería, a fin de que del folio de Matrícula Inmobiliaria No. 140-0025365 proceda a cancelar definitivamente la inscripción hecha de las resoluciones que se dejan anuladas.

TERCERO: DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

CUARTO: Expídanse copias a las partes, de este fallo con constancia de ejecutoria.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO/ACTIVIDAD PELIGROSA

La causa eficiente y determinante de los sucesos se deriva exclusivamente del soldado que cometió el gravísimo error de dejar abandonado tal instrumento de extraordinario riesgo para la integridad de las personas o de sus bienes; -granadas de fragmentación-; a ello se suma la descoordinación y el descuido de los superiores y compañeros del conscripto que se bajaron del camión en que se habían transportado, sin ocuparse de revisar que quedara limpio de elementos de dotación con efectos letales.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C., Once de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Juan deDios Montes Hernández.*

Ref.: Expediente No. 7382. Actor: TOMAS BURGOS LOPEZ.-

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia que profirió el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba, el 2 de marzo de 1992, adicionada el 24 del mismo mes y año, por medio de la cual adoptó las siguientes determinaciones:

"1. Declárese responsable a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional- por la muerte de los señores Carlos Enrique Burgos Garay, Navidad del Carmen Mendoza Burgos, Luis Carlos Burgos y Manuel Esteban Herazo Bruce como consecuencia de la explosión de una granada de propiedad de las Fuerzas Armadas el día Lunes 7 de Marzo de 1988 en el corregimiento de Las Flores Municipio de Lorica Córdoba.

"2. Como consecuencia de lo anterior, condénase a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - a pagar a cada uno de los actores las sumas estipuladas en

la parte motiva de este fallo, con ocasión de la muerte de Carlos Enrique Burgos Garay, Navidad del Carmen Mendoza Burgos, Luis Carlos Burgos y Manuel Esteban Herazo Bruce, por concepto de perjuicios morales.

"3. Para efectos de los perjuicios morales, la liquidación del gramo de oro se hará al precio que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia y la suma de dinero que resulte de la liquidación de dichos perjuicios causará intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y de ahí en adelante intereses moratorios.

"4. Niéganse los perjuicios morales solicitados en la demanda como consecuencia de las lesiones sufridas por Clarena Sofía Burgos Garay y Martha Cecilia Burgos por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

"5. Consúltese esta sentencia en caso de no ser apelada."

"Adiciónase la sentencia de fecha 2 de marzo de 1992 dictada por este Tribunal en el presente proceso en el sentido de que la condena a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa - en razón de los perjuicios morales ocasionados a los actores con la muerte de Carlos Enrique Burgos Garay, Navidad del Carmen Mendoza Burgos, Luis Carlos Burgos y Manuel Esteban Herazo Bruce quedará así:

"A Tomás Burgos Lopez y Ana Cecilia Garay Monterroza, padres del occiso Carlos Enrique Burgos Garay, 500 gramos de oro para cada uno.

"A Francia Elena, Yolanda del Carmen, Dioselina, Tomás Alberto, Yudis Ester, Feidys Lucía, Clarena Sofía y Carmen Cecilia Burgos Garay, hermanos de Carlos Enrique Burgos Garay, la suma de 250 gramos de oro a cada uno.

"A Yolanda del Carmen Burgos Garay y David Antonio Mendoza, Padres de Navidad del Carmen Mendoza Burgos, la suma de 1000 gramos oro para cada uno como consecuencia de la muerte de su hija, y 500 gramos oro para Martha Cecilia Burgos, hermana de la occisa.

"A Clarena Sofía Burgos Garay, madre de Luis Carlos Burgos, la suma de 1000 gramos oro.

"A Norberto Herazo Blanco y Felicia Bruce Castellanos la suma de 1000 gramos oro a cada uno, en su condición de padres de Manuel Esteban Herazo Bruce y 500 gramos oro para cada uno de los hermanos de éste último, Ildefonsa Herazo Bruce. Oswaldo Herazo Bruce, Hector Herazo Bruce y Lidys María Herazo Bruce." (fls. 309 - 310 y 320 - 321).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda. El 20 de febrero de 1990, actuando por medio de apoderado legalmente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda en contra de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL las siguientes personas: TOMAS BURGOS LOPEZ y ANA CECILIA GARAY MONTERROZA, obrando en nombre propio y en representación de la menor CARMEN CECILIA BURGOS GARAY, FRANCIA HELENA, YOLANDA DEL CARMEN, TOMAS ALBERTO, DIOSELINA, YUDIS ESTER, CLARENA SOFIA y FEYDIS LUCIA BURGOS GARAY, igualmente YOLANDA DEL CARMEN BURGOS GARAY, quién actúa en nombre propio y en representación de la menor MARTHA CECILIA BURGOS, y DAVID ANTONIO MENDOZA MARTINEZ, y por otra parte NORBERTO HERAZO BLANCO y FELICIA BRUCE CASTELLANOS, quienes actúan en nombre propio y en representación de la menor LEDYS MARIA HERAZO BRUCE, ILDEFONSA, OSWALDO y HECTOR HERAZO BRUCE; solicitaron que la entidad demandada fuera declarada responsable de la muerte violenta de CARLOS ENRIQUE BURGOS GARAY, NAVIDAD DEL CARMEN MENDOZA BURGOS, LUIS CARLOS BURGOS y MANUEL ESTEBAN HERAZO BRUCE, así como de las heridas ocasionadas a CLARENA SOFIA BURGOS GARAY y MARTHA CECILIA BURGOS, en hechos ocurridos hacia las nueve de la mañana del 7 de marzo de 1988, en el corregimiento de Las Flores del Municipio de Lorica en el Departamento de Córdoba.

Consecuencialmente reclaman por perjuicios morales el pago de la suma equivalente, en pesos colombianos, a 2.000 gramos de oro fino, para TOMAS BURGOS LOPEZ, ANA CECILIA GARAY MONTERROZA, MARTHA CECILIA BURGOS, CARMEN CECILIA, FRANCIA HELENA, YOLANDA DEL CARMEN, TOMAS ALBERTO, DIOSELINA JUDITH, YUDIS ESTHER, CLARENA SOFIA y FEYDIS LUCIA BURGOS GARAY, y con la suma equivalente, en pesos colombianos, a 1.000 gramos de oro fino, para cada uno del resto de los demandantes; por perjuicios materiales directos, las costas del proceso.

La causa *petendi*, se hizo consistir en los siguientes hechos:

"1o.- Antes y para el día cinco (5), seis (6), siete (7) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), el señor Evelio Sanguino era propietario de un camión que utilizaba en el renglón del transporte.

"2o.- Ese camión era conducido por el señor Pablo Emilio Villegas Hoyos.

"3o.- El día sábado cinco (5) de marzo de 1988, a bordo del mencionado camión, su conductor, señor Pablo Emilio Villegas Hoyos, había transportado un grupo de soldados, al parecer del Batallón de Infantería #33 -Junín_ Montería, o del Batallón Junín de los Servicios No. 11 -Montería, desde esta ciudad hasta Sincelejo.

"4o.- Esos soldados, entre otros, estaban encargados de guardar el orden público y de garantizar la seguridad de las personas, y de facilitar el desarrollo de las elecciones próximas.

"5.- Luego de prestar ese servicio de transporte a los uniformados, el camión fue conducido por el señor Pablo Emilio Villegas Hoyos al Corregimiento del Municipio de Lorica (Córdoba), Las Flores, en donde esperaba recoger un viaje de plátanos para llevarlos a Barranquilla, Cartagena o cualquier lugar o ciudad.

"A este corregimiento llegó el camión el sábado cinco (5) de marzo de 1988, aproximadamente al medio día.

"6o.- Como no resultó viaje de plátanos, ni ninguna otra mercancía para transportar, y era el fin de semana, el camión permaneció inactivo hasta el día lunes siete (7) de marzo de 1988.

"7o.- Ese día y fecha, aproximadamente a las nueve de la mañana (9 A.M.), y como en anteriores ocasiones, el joven Carlos Enrique Burgos Garay hizo la limpieza del camión, para alistarlo para la nueva carga.

"Cuando estaba en la tarea de limpieza encontró un artefacto desconocido para él; una granada, y como le pareció raro, bonito y curioso, lo llevó para su casa de habitación.

"Una vez allí busco un cuchillo y con él operó en el cuerpo de la granada, estando parado en la puerta de su casa de habitación.

"La granada, infortunadamente, hizo explosión, destrozando parte de la casa de habitación de Carlos Enrique, y dándole muerte fulminante a éste, a Luis Carlos Burgos y a Navidad del Carmen Mendoza Burgos, e hiriendo de mucha gravedad a una niña de nombre Teidis,a Martha Cecilia Burgos, a Clarena Sofía Burgos y Manuel Esteban Herazo Bruce, quienes se encontraban muy cerca del lugar, por diferentes motivos:

"Manuel Esteban Herazo Bruce había ido a traer agua para uso en su casa, y pasaba, empujando una carretilla, por el lugar.

"Luis Carlos Burgos y Navidad del Carmen Mendoza Burgos desayunaban a pocos metros de allí.

"Teidis, Martha Cecilia Burgos y Clarena Sofía Burgos, realizaban oficios varios muy cerca de allí también.

"8o.- Los niños heridos, en la forma más rápida que se pudo, fueron conducidos hacia el Hospital Regional San Vicente de Paul de Lorica (Córdoba), ya que en el corregimiento de Las Flores no hay Hospital ni Clínica.

"Al llegar a ese Hospital falleció el menor Manuel Esteban Herazo Bruce.

"Martha Cecilia Burgos y Clarena Sofía Burgos fueron intervenidas quirúrgicamente en el dicho Hospital.

"Posteriormente Martha Cecilia fue trasladada (sic), de urgencia también, al Hospital Universitario de Cartagena.

"9o.- Carlos Enrique, como todos los otros niños que resultaron víctimas de la explosión de la granada, eran, por una parte, y son, por otra (los que aún viven), niños campesinos.

"Nacieron y se estaban criando en el Corregimiento de Las Flores, Municipio de Lorica.

"10o.- Carlos Enrique, campesino como era,no tenía por qué conocer ni saber lo que es una granada o un artefacto explosivo: armas usadas por nuestras Fuerzas Armadas.

"Si lo hubiera sabido, lógico es que no hubiera manipulado la granada, pues hacerlo significaba la muerte o una lesión muy grave, que fue lo que resultó en el hecho.

"11o.- Los soldados de nuestro país, obligadamente saben lo que es una granada; la peligrosidad que esa arma mortífera entraña.

"12.- Tal granada o artefacto explosivo, es decir, la que encontró en el piso del camión el menor Carlos Enrique, mientras le hacía limpieza, era parte de la dotación de uno de los soldados que transportó el camión de Montería a Sincelejo.

"Era un arma de uso privativo de las Fuerzas Armadas del país.

"13.- Un arma tan altamente peligrosa como una granada, no podía ser dejada, en el piso del camión, ni por olvido, ni por razón o motivo alguno, por ninguno de los soldados transportados como ha quedado dicho. Ninguna razón justifica una conducta criminal de ese tipo, y menos por el conocimiento cabal que tiene todo soldado acerca del peligro de tal naturaleza de arma.

"14.- Cualquiera de los soldados transportados en el camión, que dejó la granada sobre el piso del mismo, olvidada o no, incurrió en una imprudencia gravísima, o en una negligencia criminal.

"15o.- El oscuro soldado que tal hizo, además, faltó a la más mínima medida de previsión aconsejaba en casos semejantes.

"16o.- Esa incomprensible imprudencia, esa negligencia criminal, esa ausencia de toda previsión, arrojaron de modo directo el resultado trágico que se reseña en esta demanda: cuatro (4) niños muertos y varios heridos de suma gravedad.

"17o.- La imprudencia, negligencia e imprevisión, obviamente fue del soldado. Pero no solo de él. También lo fue de su superior: de quien comandaba la unidad militar respectiva.

"Tanto el soldado como su superior debieron poner todo el cuidado, todo el celo y empeño en que un arma tan peligrosa no quedara sobre el piso del camión, así abandonada.

"18o.- El uso y porte del arma mortal, en la forma que atrás queda aplicada, constituyó una falta o falla del servicio en materia de porte de la misma, a tenor de los Reglamentos para las Fuerzas Armadas que se ocupan de esa materia.

"19o.- Esa arma tan peligrosa era de propiedad de las Fuerzas Armadas de Colombia, y constituía parte de la dotación de uno de los soldados.

"20o.- Los hechos narrados establecen, de modo inequívoco, una falta o falla del servicio presunta a cargo de la administración o Nación -Ministerio de Defensa Nacional.

"21o.- A don Tomás Burgos López y la señora Ana Cecilia Garay Monterroza, la explosión de la granada le mató a su hijo Carlos Enrique Burgos Garay e hirió a su hija Clarena Burgos Garay, de suma gravedad.

"22o.- A Francia Helena Burgos Garay, Yolanda del Carmen Burgos Garay, Tomás Alberto Burgos Garay, Dioselina Burgos Garay, Yudis Ester Burgos Garay, Clarena Sofía Burgos Garay y Feydis Burgos Garay, la explosión les mató a su hermano Carlos Enrique Burgos Garay e hirió de gravedad a su hermana Clarena Sofía Burgos Garay.

"23o.- A Clarena Sofía Burgos Garay, la explosión le mató a su hijo Luis Carlos Burgos y la hirió a ella misma de gravedad.

"24o.- A Yolanda del Carmen Burgos Garay, la explosión de la granada, además de lo atrás anotado, le mató a su hija Navidad del Carmen Mendoza Burgos y le hirió gravemente a su hija Martha Cecilia Burgos.

"25o.- A Norberto Herazo Blanco y Felicia Bruce Castellanos, la explosión les mató a su hijo Manuel Esteban Herazo Bruce, quien era hermano de Ledys María, Ildefonsa, Oswaldo, Norberto y Hector Herazo Bruce.

"26o.- La muerte de los menores a raíz de la explosión, como ha quedado puntualizado antes, ocasionó a cada uno de sus padres y de sus hermanos -actores de este proceso-, un dolor moral muy profundo.

"27o.- Las lesiones sufridas a raíz de la explosión, por los menores de edad relacionados atrás, y aún por personas mayores, como ha quedado establecido, produjeron a sus padres, hermanos y a ellos mismos -como es obvio-, un gran sufrimiento, una dolorosísima zozobra.

"28o.- Tomás Burgos López y Ana Cecilia Garay Monterroza vivían a la fecha de la explosión, y viven actualmente, en el corregimiento Las Flores, en una misma casa de habitación, en comunidad total, con sus hijos mayores y menores de edad, con sus nietos también.

"29o.- Norberto Herazo y Felicia Bruce Castellanos vivían a la fecha de la explosión, y viven en la actualidad, en el corregimiento Las Flores (Lorica), en una misma casa de habitación con sus hijos mayores y con su hija menor también". (fls. 3 a 7).

2. **Trámite de la primera instancia**. El Tribunal dio curso a la demanda y notificó el auto admisorio al Ministerio de Defensa -Ejército Nacional, el cual mediante apoderado especial la contestó diciendo que las razones de la defensa serán expuestas en el traslado para alegar; propuso como excepción la ineptitud de la demanda por no contener ésta la estimación razonada de la cuantía; las pruebas pedidas por la parte actora fueron decretadas mediante proveído de 26 de abril de 1990, siendo allegadas de manera regular y oportuna al proceso (fl. 62).

Vencido el término probatorio, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y rindiera su concepto de fondo, respectivamente (fls. 223 y 261). El apoderado judicial de los actores solicitó se profiriera sentencia de mérito acogiendo las pretensiones de la demanda. Al efecto, señala que con los testimonios recibidos en el juicio de personas imparciales, serias y sin interés con las partes cuyo dicho es claro, espontáneo y concordante en lo fundamental, está demostrado:

"... que el señor PABLO EMILIO VILLEGAS HOYOS, conductor de profesión, llegó al Corregimiento de Las Flores, y al sector principal del mismo, el día sábado cinco (5) de marzo de 1988, en donde permaneció hasta las primeras horas del día lunes siete (7), fecha en que, aproximadamente, a las 9 A.M., hizo explosión la granada, dando muerte al joven que la manipulada e hiriendo de gravedad a otros jóvenes que se encontraban en su proximidad, muchos de los cuales también murieron, quedando heridos otros. Que llegó con el camión que conducía a ese Corregimiento, como era su costumbre de tiempo atrás, en búsqueda de carga para transportar a los soldados `de Montería a un Corregimiento de Córdoba buscando para la vía de San Marcos'. Que el transporte de los dichos soldados no (sic) realizaron varios camioneros en forma forzada, obligada, por parte de autoridades militares, que los hicieron detener, que los `hicieron parar que en el Batallón Montería para que los lleváramos ...' Que el costo o valor de este forzado u obligado transporte no les fue reconocido ni pagado por los militares, quienes sólo les suministraron la gasolina. Vale

decir: el transporte resultó gratuito. Que el joven Carlos Enrique Burgos Garay entró en contacto con el camión conducido siempre por el señor Villegas Hoyos, en la fecha fatídica, cuanto (sic) éste se dispuso a hacerles el favor a la familia Burgos, vale decir, la familia del joven Carlos Enrique, `de arriarles el agua'. (Arriarles el agua equivale a cargarles el agua en el camión). Que de la explosión de la granada resultaron: muero inmediatamente el joven Carlos Enrique, y heridos todos los demás. Que el Señor Villegas Hoyos, en el camión predicho, y luego de embarcarlos en el mismo, se dirigió con todos los heridos hacia Lorica, al Hospital de esta ciudad. Que de los heridos murieron tres (3) y dos (2) se salvaron, pero quedaron con graves defectos y deficiencias físicas, no obstante haber sido intervenidos quirúrgicamente en oportunidad y tratados con paciencia y prontitud.

"Todo lo anterior está probado sin auxilio de copias penales, por cuanto la autoridad militar no adelantó investigación de clase alguna, por el Delito de Múltiple Homicidio Lesiones Personales, delitos consumados en las personas de los jóvenes conocidos en este proceso, pretextando completo desconocimiento de los hechos trágicos, publicados profusamente por la prensa local del Departamento de Córdoba y también por periódicos de la capital del país, como el **vespertino EL ESPACIO**, edición del día `miércoles 9 de marzo de 1988', en la página 13." (fl. 236).

Esa granada dejada allí, dice, por un inexplicable o injustificable olvido, por cuanto no puede caber en la cabeza que hubiera sido dejada en forma intencional, dada su peligrosidad, CONFIGURA LA EXISTENCIA DE UNA FALTA O FALLA DEL SERVICIO POR OMISION, que hace responsable a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, extracontractualmente, de reparar todos los perjuicios causados a los actores. Según él el daño y los perjuicios reclamados, están acreditados con las actas de levantamiento de los cadáveres, los certificados de registro civil de defunción y de nacimiento tanto de las víctimas como de los heridos y sus parientes cercanos, con las declaraciones sobre las relaciones extramatrimoniales y las relaciones familiares y, por último, con las copias de la historia clínica que dan cuenta de las lesiones y tratamiento a que se vieron sometidos los dos heridos. (fls. 224 a 247).

La apoderada de la entidad demandada reitera la excepción de ineptitud de la demanda por ausencia de la estimación razonada de la cuantía y en tal virtud, solicita del a-quo, inhibirse para fallar en el fondo y, en subsidio, denegar las súplicas de la demanda ya que en su criterio no existe relación de causalidad entre los hechos y el daño aducido por los demandantes, pues se presenta "una causal de exoneración de responsabilidad como es la propia CULPA DE LA VICTIMA. No puede pretenderse atribuirle responsabilidad al Estado, por una conducta que no tiene nada que ver, sabiendo que dicha zona,se encuentra invadida por grupos subversivos, los cuales se encuentran bien dotados en cuanto a armamento se refiere".

Refiriéndose a la condena por perjuicios morales solicita "sea mínima la tasación en razón del acervo probatorio, la realidad fáctica probada y los parámetros estipulados por nuestra jurisprudencia. En relación con los perjuicios materiales,

éstos no fueron probados, por tanto no pueden reconocerse" (fls. 248 a 256).

Los planteamientos y conclusiones de la Fiscalía ante el Tribunal coinciden en parte con la demanda, en lo que no está demostrada la falla del servicio, por lo cual, solicita negar las pretensiones deprecadas (fls. 269 a 272).

3. **El fallo apelado.** El a-quo tomó las determinaciones que se dejaron copiadas al principio de esta sentencia luego de historiar minuciosamente los antecedentes y de realizar un detallado y objetivo examen a cada uno de los aspectos materia de la controversia.

Encuentra cumplidos los presupuestos de la acción; los demandantes tienen capacidad jurídica para actuar, son personas naturales, están debidamente asistidas de apoderado: la demanda se instauró en término hábil, pues los hechos se sucedieron el 7 de marzo de 1988 y aquella se presentó el 22 de febrero de 1990; la Nación - Ministerio de Defensa tiene capacidad jurídico procesal para comparecer en el juicio.

Niega la prosperidad a la excepción propuesta, destacando que en la demanda se halla debidamente razonada la cuantía en el acápite correspondiente y demás "que tratándose de perjuicios morales ocasionados a los padres e hijos de la víctima, ese razonamiento sencillamente se circunscribe a la conversión gramos; y lo atinente a la graduación de la condena respecto de otros parientes, está condicionado al acercamiento afectivo que se demuestre en el proceso."

Apoyado en la jurisprudencia que impera en esa materia y luego de analizar el acervo probatorio, el a-quo concluye que se hallan reunidos los elementos que estructuran la responsabilidad de la administración por falla o falta del servicio de los suboficiales y soldados del Ejército Nacional que dejaron abandonada la granada que una de las víctimas hizo estallar, culpas ambas que se constituyeron en causa eficiente para que se produjera el daño. Al valorar los testimonios rendidos por Pablo Emilio Villegas, conductor del camión en el que se transportaron los uniformados, Alvaro Espitia y Edilberto Antonio Julio, quienes presenciaron los acontecimientos, y el informe rendido con el Oficio 0083 del 14 de enero de 1992, suscrito por el Comandante del Batallón al que pertenecían los militares, infiere que en el proceso "Está demostrado que el joven Carlos Enrique Burgos Garay encontró en el camión conducido por Pablo Emilio Villegas Hoyos un artefacto parecido a una piña pequeña que estalló (fl. 192).

"De igual forma existen serios indicios que en el camión o el vehículo, fueron transportados militares del Batallón Junín con sede en Montería.

"Elementos como el que estalló son utilizados única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas de la Nación o por delincuentes. Si los propietarios de ese artefacto eran delincuentes, obligatoriamente el conductor del camión está ocultando la verdad. Si esto fuera así, no habría sido fácil su localización, en un remoto pueblo del Departamento del Cesar. Por las implicaciones de tipo pe-

nal que se desprenderían de su conducta, tendría motivos para ocultarse. La espontaneidad de sus declaraciones -extraprocesal y procesal- conducen al Tribunal a apreciarlas como ajustadas a la verdad.

"Por estas potísimas razones se puede concluir que la granada o como se llame el elemento que causó el daño era de propiedad de las Fuerzas Armadas Colombianas y que éste fue dejado negligentemente por uno de sus miembros en el camión que los transportaba.

"Corresponde entonces precisar si el comportamiento de la víctima exonera a la Nación de responsabilidad.

"Obra en el expediente declaración del señor Edilberto Julio Julio, a folio 191 y ss., donde afirma que el señor Carlos Burgos Garay le introdujo un cuchillo al objeto que encontró, a pesar de haber sido advertido de la peligrosidad de su actuación por Manuel Esteban Herazo Bruce.

"Este proceder de la víctima, imprudente, por supuesto, ocasionó la tragedia, pero estos sucesos no hubiesen acontecido si el objeto explosivo no hubiera sido dejado en el camión descuidadamente por los soldados; infiriéndose que si bien la falla del servicio fue causa primigenia del perjuicio, también lo fue la actitud de quien accionó la granada. Por lo que estamos, sin lugar a dudas frente a un típico caso de concurrencia de culpas, en donde la proporción de la falla del servicio es igual al grado de culpa de la víctima" (fls. 306 y 307).

Deducida la falla del servicio en concurrencia con la culpa de una de las víctimas, el tema de las indemnizaciones consecuenciales reclamadas por los damnificados la abordó el Tribunal bajo la siguiente óptica:

"Perjuicios morales: Por la aflicción y tristeza que ocasiona la muerte de un hijo, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha considerado que los perjuicios morales deben tasarse en 1000 gramos oro. Esta cuantía, por tratarse de culpa concurrente debe reducirse a la mitad en lo que toca con los perjuicios causados con la muerte de Carlos Enrique Burgos Garay quedando entonces distribuidos así:

"A Tomás Burgos López y Ana Cecilia Garay Monterroza, padres del occiso Carlos Enrique Burgos Garay 1000 gramos de oro cada uno, que rebajados a la mitad quedarían en 500 gramos oro para cada uno de ellos.

"A Francia Elena, Yolanda del Carmen, Dioselina, Tomás Alberto, Yudis Ester, Feidys Lucía, Clarena Sofía y Carmen Cecilia Burgos Garay, hermanos de Carlos Enrique Burgos Garay, la suma de 250 gramos oro a cada uno (mitad de 500 gramos oro).

"A Yolanda del Carmen Burgos Garay y David Antonio Mendoza, padres de Navidad del Carmen Mendoza Burgos, la suma de 1000 gramos oro cada uno

como consecuencia de la muerte de su hija, y 500 gramos oro para Martha Cecilia Burgos, hermana de la occisa.

"A Clarena Sofía Burgos Garay, madre de Luis Carlos Burgos, la suma de 1000 gramos oro.

"A Norberto Herazo Blanco y Felicia Bruce Castellanos la suma de 1000 gramos oro cada uno, en su condición de padres de Manuel Esteban Herazo Bruce, y 500 gramos oro para cada uno de los hermanos de éste último Ildefonsa Herazo Bruce, Oswaldo Herazo Bruce, Hector Herazo Bruce y Lidys María Herazo Bruce.

"No se reconocerá perjuicios a las lesionadas Clarena Sofía Burgos Garay y Martha Cecilia Burgos Garay con cargo a las heridas sufridas, ni a sus parientes, por no haberse demostrado en autos en qué consistieron los perjuicios." (fls. 307 a 309).

4. **Los alegatos en la segunda instancia.** Inconformes con el fallo que concluyó la primera instancia, las partes apelaron y oportunamente sustentaron el recurso. Para la parte actora la impugnación es parcial y pide modificar el fallo en tres aspectos que considera fundamentales; el primero, en cuanto sin estar probada declaró la culpa del joven en cuyas manos hizo explosión la granada, conllevando as la reducción de la indemnización reconocida a sus dolientes; al respecto deduce de los testimonios que la víctima no tuvo conocimiento de los peligros que entrañaba manipular el artefacto y como no sabía lo que podía ocurrir se dio a la tarea de saber que había dentro; tan desconocía el objeto que para abrirlo empleó un cuchillo y no como lo haría un conocedor, quitándole el pin o seguro, si es que la quería hacer explotar; en segundo término, porque el fallador del primer grado se equivocó al negar los perjuicios reclamados por los dos lesionados y sus familiares cercanos, pese a estar demostrado que sufrieron las heridas de que da cuenta La historia clínica, sin razón legal o jurídica válida para ello y; en tercer y último lugar, en razón a que no tuvo en cuenta que el perjuicio moral sufrido por algunos de los demandantes fue múltiple y está agravado por el hecho de que padecieron la muerte y además las lesiones de sus familiares más cercanos y apreciados. Por todo lo anterior, pide despachar las súplicas conforme fueron propuestas en la demanda (fl. 334 a 360).

La apoderada de la demanda, solicita revocar la providencia impugnada; estima que no se hallan probados plenamente los elementos que comprometen la responsabilidad de la administración; en subsidio, pide hacer extensiva la concurrencia de culpas a la totalidad de la condena, disminuyendo en todos los casos en la mitad la condena hecha en contra de la administración (fls. 330 a 333).

En el término de traslado en esta segunda instancia, el Ministerio Público guardó silencio; las partes presentaron los escritos que obran a folios 365 a 369 y 370 a 375, en los cuales insisten en los razonamientos que desde su punto de vista plantearon en el curso de la actuación.

LA SALA CONSIDERA

Para la Sala el fallo recurrido deberá ser confirmado en lo fundamental pues son correctos los análisis y conclusiones que tuvo en cuenta el Tribunal para declarar la responsabilidad patrimonial de la administración por el daño antijurídico constituido por la muerte violenta de CARLOS ENRIQUE BURGOS GARAY, NAVIDAD DEL CARMEN MENDOZA BURGOS, LUIS CARLOS BURGOS y MANUEL ESTEBAN HERAZO, lo mismo que para negar las pretensiones que tienen su fundamento en las lesiones corporales que aduce sufrieron CLARENA SOFIA BURGOS GARAY y MARTHA CECILIA BURGOS; no se comparte la consideración del fallador de instancia en cuanto a la conclusión de la culpa compartida y en tal sentido se revocará la decisión de disminuir la indemnización en un 50%. Acertó igualmente el a-quo en la evaluación de los presupuestos que dan derecho a los demandantes para obtener la reparación de los perjuicios en su condición de padres y hermanos de las víctimas.

La realidad recogida en el plenario se identifica en lo esencial con los hechos que narra la demanda y permite concluir que en el asunto sub-lite se hallan debidamente reunidos los supuestos axiológicos exigidos por la jurisprudencia de la Corporación para declarar la responsabilidad Estatal en los hechos.

Esos antecedentes fácticos fueron bien estudiados por el a-quo y por ese motivo sobra ahora volver sobre sus pormenores y detalles; pueden sintetizarse de la manera siguiente:

El día 5 de marzo de 1988, el Ejército Nacional detuvo a varios camiones en el Batallón de Infantería No. 33, Junín, con sede en la ciudad de Montería y dispuso que debían transportar a un grupo de militares hasta un corregimiento del mismo municipio, para cumplir labores de vigilancia y control de orden público en las elecciones populares de alcaldes que a la sazón se realizaban, reconociéndoles el valor de la gasolina.

Uno de los conductores, Pablo Emilio Villegas Hoyos conducía un camión de propiedad de Evelio Sanguino; en él uno de los uniformados dejó olvidada una granada de fragmentación.

Villegas Hoyos, cumplido el servicio, llegó el mismo día hasta el Corregimiento de Las Flores, Municipio de Lorica, en donde debía recoger un cargamento de plátano con destino a Cartagena y Barranquilla, como el viaje no se pudo realizar, el camión permaneció en su garaje hasta el siguiente día 7 cuando en las horas de la mañana se procedió a efectuarle la limpieza de rigor; el encargado de hacerla, el joven CARLOS ENRIQUE BURGOS GARAY, encontró el artefacto, desconocido para él y al terminar su trabajo decidió llevarlo a su casa de habitación.

Allí cogió un cuchillo y trató de abrirla, produciéndose la explosión con las consecuencias trágicas y lamentables de que dan cuenta los registros civiles de defunción, el protocolo de la necropsia (fl. 30, 31, 36, 39, 43, 45, 47, 53 y 266 a 268. El

Inspector de Policía de la Localidad, mediante oficio del 3 de septiembre de 1990, da cuenta de los hechos subsiguientes al estallido, así:

"1.- El día 7 de marzo de 1988, siendo aproximadamente las 9 A.M. se escuchó en toda la población de Las Flores una gran explosión proveniente de la casa de habitación de la familia Burgos Garay.

"2.- Esta gran explosión fué ocasionada por el estallido de una granada de fragmentación, ya que, en el sitio de la tragedia se encontraron esquirlas y partes de ella regadas por todas partes, así como, pequeños orificios en el techo de zinc de la casa.

"3.- Por informaciones recogidas por esta oficina a testigos presenciales, el día de la tragedia, se supo que el joven Carlos Enrique Burgos Garay trataba de abrir la granada con un cuchillo.

"4- De igual manera se estableció que la granada la había encontrado el joven Carlos Burgos Garay en el camión Dodge 600 color verde conducido por Pablo Emilio Villegas Hoyos.

"5.- Por informaciones dadas por el señor Pablo Emilio Villegas Hoyos, antes de llegar a Las Flores, había trasladado un grupo de soldados desde Sincelejo hasta Montería.

"6.- El señor Pablo Emilio Villegas realizaba con frecuencia viajes de plátano de la región a las ciudades de Barranquilla y Valledupar.

"7.- Después de la explosión, el joven Carlos Enrique Burgos Garay tenía destrozos en las manos, pecho y cara, lo que le ocasionó la muerte instantáneamente, además presentaban heridas graves los niños Luis Carlos Burgos, Navidad del C. Mendoza Burgos y Teidis Burgos Garay y Martha Cecilia Burgos, así como los jóvenes Clarena Sofía Burgos Garay y Manuel Esteban Herazo Bruce que ocasionalmente pasaban frente a la casa de habitación de la familia Burgos Garay.

"8.- Los heridos fueron trasladados en el mismo camión mencionado anteriormente, muriendo en el hospital San Vicente de Paul de Lorica los niños Luis Carlos Burgos y Navidad del C. Mendoza Burgos, al igual que el joven Manuel Esteban Herazo Bruce." (fls. 122 y 123).

Quedó claro que carece de fundamento la tesis de la apoderada de la parte demandada, en el sentido de que las personas transportadas pudieran ser integrantes de grupos sediciosos, pues los uniformados fueron recogidos en el propio Batallón al que prestaban sus servicios; además contradice su hipótesis el hecho de que no se hubiera adelantado investigación alguna, con mayor razón frente a la desaparición y explosión de la granada.

El joven CARLOS ENRIQUE BURGOS no sufría problemas o anormalidades y nada indica que quisiera acabar con su vida, la de algunos de sus parientes con quien convivía y la de sus vecinos; era campesino y como aún no había prestado el servicio militar obligatorio, desconocía la manera de manipular, sin mayor riesgo, la granada de fragmentación asida con sus manos por el descuido y la negligencia de los agentes oficiales; en tales condiciones ninguna culpa le es atribuible en el desenlace fatal que tuvieron los hechos relatados, en los cuales, además de su vida, se acabó con la de algunos de sus familiares y vecinos. Esos antecedentes dejan sin piso alguno la tesis de la culpa de la víctima como causal para deducir una responsabilidad compartida y en consecuencia, disminuir en un 50% la indemnización a que son acreedores sus dolientes.

Como conclusión del análisis probatorio se puede afirmar que la causa eficiente y determinante de los sucesos se deriva exclusivamente del soldado que cometió el gravísimo error de dejar abandonado tal instrumento de extraordinario riesgo para la integridad de las personas o de sus bienes; a ello se suma la descoordinación y el descuido de los superiores y compañeros del conscripto que se bajaron del camión en que se habían transportado, sin ocuparse de revisar que quedara limpio de elementos de dotación con efectos letales. Por lo dicho, la indemnización a cargo del Estado será total.

Así mismo conviene aclarar que la responsabilidad bien pudo deducirse con aplicación del artículo 90 de la Constitución Política, pues el daño se generó en la manipulación de armas mortíferas; (sentencia del 24 de agosto de 1992. Expediente Nº 6754, Actor: Henry Enrique Saltarín Monroy. Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo). A la actuación no se allegó prueba que demuestre alguna causal de exoneración de la responsabilidad que cabe a la administración.

En lo demás, se confirma la sentencia recurrida. En primer lugar habida razón de que no se demostró por medios idóneos, como lo sería el dictamen de Medicina Legal, la naturaleza de las lesiones personales y las secuelas que dejaron en quienes las padecieron, recurso absolutamente indispensable para evaluar o cuantificar los perjuicios morales; en segundo lugar, el daño moral según su intensidad, la cual incide en la graduación del monto de la indemnización, en el presente caso y habida consideración de las circunstancias en que se produjo el siniestro se reconoce el máximo monto establecido por los lineamientos que se siguen en esa materia.

LA CONDENA

Los demandantes acreditaron su interés para obrar en el proceso mediante los certificados de registro civil de nacimiento y las declaraciones recepcionadas con el fin de acreditar las relaciones de las familias BURGOS GARAY, MENDOZA BURGOS y HERAZO BRUCE.

Según la jurisprudencia que aplica el Consejo de Estado a procesos de esta naturaleza, los perjuicios morales se presumen en la línea de parentesco de los padres,

los hijos, los cónyuges entre sí, y para los colaterales hasta el segundo grado. Como no hay observación que hacer, se mantendrá la decisión del Tribunal en cuanto al monto que fijó para los perjuicios morales; el precio del gramo de oro, será el Nacional que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Las cantidades liquidadas por perjuicios morales subjetivos, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de este término.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMANSE los ordinales 1o., 2o., 4o. y 5o. de la sentencia apelada y los incisos 1o., 4o. y siguientes de la que la adicionó, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba el 2 y 24 de marzo de 1992.

SEGUNDO:MODIFICASE el ordinal 3o. del mismo fallo y los incisos 2o. y 3o. del que lo adicionó, los cuales quedarán así:

2o.- Como consecuencia de la declaración hecha en los ordinales 1o. y 2o., condénase a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios morales: a TOMAS BURGOS LOPEZ y ANA CECILIA GARAY MONTERROZA, la suma equivalente, en pesos colombianos, a MIL (1000) gramos de oro fino, a cada uno de ellos; y a FRANCIA ELENA BURGOS GARAY, YOLANDA DEL CARMEN BURGOS GARAY, DIOSELINA BURGOS GARAY, TOMAS ALBERTO BURGOS GARAY, CLARENA SOFIA BURGOS GARAY y CARMEN CECILIA BURGOS GARAY, la suma equivalente, en pesos colombianos, a QUINIENTOS (500) gramos de oro fino, a cada uno de ellos.

TERCERO: El precio del gramo de oro para el pago de la condena por perjuicios morales, será el interno para la fecha de ejecutoria de este fallo, que certificará el Banco de la República, documento que se deberá acompañar a la respectiva cuenta de cobro.

"Las sumas liquidadas por perjuicios morales, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de ese término.

CUARTO: Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirá copia de la sentencia con constancia de su ejecutoria, con destino al Ministerio de Defensa y a la parte actora (art. 115 del C. de P. C.).

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION/FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO

Ante la conducta omisiva y negligente de las autoridades policivas para hacer presencia y brindar la protección debida a los ciudadanos afectados por el subversivo comportamiento de las FARC, se incurrió por omisión en una falla en el servicio de vigilancia y protección por parte de la Policía Nacional.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/LEGITIMACION POR ACTIVA/ POSEEDOR MATERIAL/CARGA DE LA PRUEBA

Sin necesidad de controvertir el título de propiedad de las firmas, en razón de la forma como ejecuta la acción de reparación directa el demandante, bien podía reclamar como lo hace el reconocimiento indemnizatorio. En efecto, el actor en su libelo inicial concreta su condición de "poseedor material e inscrito" de los predios rurales a que se refiere este proceso, posición que permite entender que su derecho lo reclama no solo como propietario, cuyo título ha sido controvertido, sino como poseedor material de los mismos. Los perjuicios materiales cuya indemnización se reclama por razón del abandono de los predios, no fueron establecidos adecuadamente por el actor, impidiendo así una decisión indemnizatoria.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., once de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

REF.: EXPEDIENTE N° 7403 ACTOR: RODRIGO ZAMBRANO VEJARANO

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 27 de febrero de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1° La demanda

El señor Rodrigo Zambrano Vejarano, en escrito presentado por conducto de apoderado el 28 de abril de 1988 ante el Tribunal Administrativo del Cauca, en ejercicio de la acción de reparación directa, formuló demanda contra la Nación-Ministerio de Defensa- Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.- Que la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional es responsable de los daños y perjuicios causados a Rodrigo Zambrano Vejarano, por su omisión al no cumplir con su deber Constitucional de protegerlo en su vida, honra y bienes.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condena a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional a pagar a Rodrigo Zambrano Vejarano todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales que le ocasionaron con el hurto del ganado dado en participación y por el abandono forzoso de sus predios que son consecuencia de la falta de protección de la Fuerza Pública solicitada oportunamente, de acuerdo a la siguiente liquidación:

"a) La suma de DIEZ MILLONES DE PESOS MCTE. ($10.000.000), o la cantidad que resultare probada en juicio, tasada mediante dictamen pericial por concepto de lucro cesante por la imposibilidad de explotar económicamente, en forma adecuada y racional, los predios relacionados y que estaban dedicados a la actividad ganadera desde la fecha del daño y hasta cuando se pudo reiniciar la actividad económica; como por la que correspondía como contraprestación de ganado en participación.

"b) Por Daño Emergente por la suma que demostrare en el proceso por concepto de diligencias judiciales, honorarios de abogados, etc., pago que se hará en pesos que tengan el mismo poder adquisitivo que los de fecha en que se causaron.

"c) Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor desde la fecha de la sentencia hasta su cumplimiento.

"TERCERA.- La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional dará cumplimiento a la primera sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes contados a partir de la ejecutoria de la misma".

2° Los hechos

Los relaciona con amplitud el actor en su demanda a los folios 37 a 42. La Sala hace de ellos la siguiente síntesis:

1. El actor es poseedor material e inscrito de los predios rurales en el Valle de las Papas, corregimiento de Valencia, en jurisdicción del municipio de San Sebastián (Cauca), denominados "La Oyola", "Pomona", y "Sachapangal" o "San Francisco", al tenor de las Escrituras números 1969 de 6 de diciembre de 1958 y 727 del 26 de mayo de 1984 de la Notaría Primera de Popayán.

2. Tales predios se dedican a la explotación agropecuaria y en ellos pastaban 81 reses del señor Hernando Grueso entregados al actor en participación, mediante los respectivos contratos.

3. En Septiembre de 1984 el XIII Frente de las FARC inició en la región del Valle de las Papas actividades de terrorismo, boleteo, extorsión, hurto, etc., sobre las cuales la prensa nacional informó y gente de la región se quejó ante la Gobernación del Cauca, cuyo titular ofreció proteger a los afectados.

4. Mediante la Ordenanza N° 031 de la Asamblea Departamental del Cauca, se dispuso la creación de un puesto de Policía en la localidad de El Porvenir.

5. Rodrigo Zambrano Vejarano era administrador de las fincas de Diego Zambrano Vejarano y de la señora Lía Vejarano de Zambrano. Había designado a Juan Manuel Zambrano para que quincenalmente hiciera los rodeos en las fincas. El 3 de abril de 1986 encontraron el ganado completo. El 15 de mayo del mismo año no pudieron hacer los rodeos por cuanto los miembros del las FARC impidieron su acceso a las fincas. El 23 de abril de ese año fue retenido Rodrigo Zambrano Vejarano y le exigían $2.000.000 como "contribución". Mientras tanto el ganado le fue "confiscado". Sobre estos hechos se informó al Fondo Ganadero del Cauca y al Gobernador del Cauca y además solicitó la protección necesaria las fuerzas militares y de policía de la región.

6. La negativa de Rodrigo Zambrano a ceder frente a la extorsión y la falta de protección del Estado, originaron el hurto de todas las reses que pastaban entre las cuales estaban 81 pertenecientes a Hernando Grueso. Lo anterior sucedió entre el 24 de abril y el 21 de mayo de 1986, por cuanto el delito se constató el 22 de mayo de 1986.

7. Ante la imposibilidad de hacer un rodeo con los funcionarios del Fondo Ganadero, el 4 de junio de 1986 Rodrigo Zambrano Vejarano formuló denuncia penal por delito contra el patrimonio económico, en averiguación, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán.

8. El 22 de mayo, con apoyo de la Fuerza Pública que se hallaba en la región, se pudo constatar el hurto, pues se encontraron 51 reses, de las cuales 14 pertenecían al mencionado Hernando Grueso.

9. Solo hasta el mes de octubre de 1986 se creó el puesto de Policía de Valencia (Cauca), a pesar de las comunicaciones que los afectados dirigieron a los Comandantes de las Fuerzas militares y policivas con mando en la región.

10. Los perjuicios sufridos por el demandante "fueron el 55% de las 81 reses que le correspondían del contrato de ganado en participación con Hernando Grueso, el abandono que de sus predios debió hacer desde la fecha en que se realizó el hurto cuando pudo reiniciar la actividad económica".

3° Actuación procesal

Notificados el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional y el Director General de la Policía Nacional del auto admisorio de la demanda, constituyeron apoderado, quien solicitó la práctica de algunas pruebas para "demostrar que la Policía Nacional es netamente civilista y que si bien es cierto que su función primordial es la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, esta se ve limitada cuando irrumpen grupos guerrilleros en regiones apartadas como en zonas campesinas y que en el caso concreto no hubo falla o falta del servicio ...".

Recaudadas en lo posible las pruebas pedidas por las partes y vencido el término probatorio, se dispuso correr traslado a las mismas para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que conceptuara de fondo.

El apoderado de la Policía Nacional en escrito que corre a folios 121 a 123, argumenta que no hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa reclamada, por cuanto, si bien el actor pudo sufrir un daño, los otros dos elementos que configuran la responsabilidad no se han demostrado, a saber: la falta del servicio y el nexo causal con el daño. Aduce que a la Policía Nacional no le corresponde el control de hechos subversivos como los que originaron este proceso, "porque este hecho de grave conmoción interna es un estado anormal de guerra, de grave perturbación del orden público nacional, cuya protección y restablecimiento le corresponde a la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional".

El actor en escrito de folios 117 a 120, reitera los planteamientos de la demanda y afirma que se ha probado plenamente: la presencia de las FARC en el Valle de Las Papas; la preexistencia del ganado; la capacidad de las fincas para sostener las reses que pastaban; que solo hasta julio de 1987 hizo presencia la fuerza pública en la región, "por lo tanto hubo un período de tiempo -un año- en el que no fue posible ninguna explotación económica" los perjuicios sufridos por el demandante; el hurto, por la denuncia y los testimonios aportados, la falta de explotación por lo expresado por los peritos.

Considera que las autoridades públicas deben ejercer voluntaria y espontáneamente la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, con mayor razón cuando en el caso bajo estudio el actor pidió protección oportunamente. Concluye de lo anterior que hay lugar a despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

4° La sentencia apelada

Encontró el Tribunal plenamente acreditado que en la región del Valle de Las Papas en el Departamento del Cauca "sobrevinieron circunstancias de extraordinaria

gravedad que ameritaban la presencia de la autoridad en forma inmediata;, se ha demostrado igualmente que el señor Gobernador del Departamento tuvo noticia en reiteradas oportunidades de la situación crítica que afrontaban los hacendados del Valle de Las Papas, sin que se diera la protección requerida, aspecto éste que se resuelve en negligencia, causante de perjuicios, que origina responsabilidad".

Concluye el *a-quo* "que efectivamente se da en este caso la falla del servicio por omisión, pues como bien se desprende del mandato constitucional a que se hace referencia (art. 120-7) sí es obligación del gobierno conservar el orden público en todo el territorio de la Nación y RESTABLECERLO cuando se haya turbado; y si esa función específica ha sido atribuida por mandato superior a la Policía Nacional, no puede tal Entidad sustraerse al cumplimiento de su deber, pues en sentir de esa Corporación, es su obligación obrar, y si no lo hace, se está en presencia de la falla en el servicio por omisión".

Al referirse a la tesis planteada por la Policía Nacional en el sentido de que a esta entidad no le corresponde preservar el orden público en casos como el examinado, el Tribunal sostiene que "bajo ningún argumento puede la Policía Nacional sustraerse a la obligación que tiene de la preservación del orden público, ...por ser la falla anónima, es a la Entidad encargada de mantener el orden público interno a la que ha de responsabilizarse del daño que ocasiona esa omisión, por lo tanto no pueden aceptarse por esta Sala, los argumentos de la Entidad demandada, pues realmente como ya se dijo se ha presentado una falla en el servicio por omisión".

Con relación al daño como elemento estructural de la responsabilidad extracontractual, sostiene el *a-quo* que no hay lugar al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente por cuanto no fueron probados.

Respecto de perjuicios materiales por lucro cesante derivados de la utilidad dejada de percibir por no poder explotar económicamente los predios "La Loyola", "Pomona" y "Sachapangal" durante el tiempo que las FARC hostigaron la región, en el fallo impugnado se denegaron tales reconocimientos indemnizatorios por cuanto el autor no demostró plenamente su condición de propietario de los inmuebles aludidos, toda vez que no acreditó su condición actual de propietario de los mismos con los certificados actualizados del Registrador de Instrumentos Públicos correspondiente.

Sobre la indemnización por la pérdida del ganado el Tribunal consideró "que si el actor pretende que esta Corporación le reconociera los perjuicios sufridos por la pérdida del ganado recibido en participación, es apenas elemental que debió demostrar de esta manera no solo la preexistencia del ganado, sino la magnitud de la pérdida; prueba que no puede suplirse con la copia de la denuncia penal ... En estas condiciones no se probó a esta Sala, el valor de los perjuicios materiales originados por la pérdida del ganado que el actor dijo tener en los predios "La Oyola", "Pomona", "Sachapangal" o "San Francisco".

Por último, sobre los perjuicios morales el Tribunal no hizo ningún reconocimiento y concluye que si bien se probó la falla del servicio por omisión, no se acreditó el daño recibido por la parte actora, ni la relación causal.

5° Razones de la apelación

Descontenta la parte actora recurrió en apelación porque le fue denegada la indemnización por el abandono forzoso de los predios La Loyola, Pomona y Sachapangal o San Francisco. Sostiene que se encuentra demostrada la condición de propietario de tales predios en cabeza del actor, así como el abandono que debió hacer de los mismos.

Con referencia a los predios La Oyola y Pomona sostiene que la omisión de la nota de registro en la escritura pública aportada al proceso no prueba que "no exista o no se haya hecho -al efecto acompaña un certificado de tradición- como tampoco desvirtúa la posesión material del inmueble". Recuerda que la demanda se instauró "en la doble condición de poseedor material e inscrito de los inmuebles rurales La Oyola y Pomona ...", tal posesión material, concluye, "esta protegida por nuestro ordenamiento jurídico y cuya perturbación y desconocimiento genera perjuicios que deben ser indemnizados". Cuestiona además la inadmisión del documento suscrito por Hernando Grueso para demostrar el negocio del ganado, el cual, según el recurrente tiene el valor suficiente para demostrar el contrato de participación.

Por su parte, la apoderada de la Policía Nacional, al alegar de conclusión, solicita la confirmación del fallo apelado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que el caso a resolver es similar al decidido el 19 de noviembre de 1992, proceso No. 6947; Actor: Diego Zambrano Vejarano, del cual fue ponente quien proyecta esta providencia, razón por la cual el tratamiento jurídico habrá de ser igualmente similar.

De acuerdo con los planteamientos del demandante, en el caso bajo estudio habría lugar a declarar la responsabilidad de la administración por falla en el servicio, derivada de la omisión por parte de la Policía Nacional en la vigilancia de la región donde se hallan ubicados los predios "La Loyola", "Pomona", "Sachapangal" o "San Francisco", o sea, en el Valle de Las Papas, jurisdicción de San Sebastián, en el Departamento del Cauca.

Sobre el particular la Sala encuentra debidamente probados los siguientes puntos:

a) Que la región del denominado "Valle de Las Papas" fue ocupada por el XIII frente de las FARC, cuyos integrantes impusieron entre los miembros de la comunidad un régimen de terrorismo, boleteo, extorsión, hurto, etc. Así se deduce de las informaciones de prensa conocidas a nivel nacional; de las comunicaciones dirigidas por Vicente Lehmann Mosquera al Gobernador del Cauca (Fls. 12, 13 a 16); de la respuesta que este funcionario envió al anterior ciudadano (fl. 17); de la Ordenanza No. 031 de diciembre de 1985 "por la cual se ordena la construcción de varios Pues-

tos de Policía para preservar el orden público".Fls. 18 y 19), en la región referida; de la comunicación dirigida al comandante de la Tercera Brigada con sede en Cali (Fls. 27 - 28); de la comunicación dirigida al Comandante del Batallón José Hilario López de Popayán (Fl. 29) y al Comandante del Departamento de Policía Cauca (Fl. 30); así como con los testimonios de Jesús María Tintinago y Gentil Ordoñez, quienes confirman la presencia guerrillera en la región mencionada.

b) Que no obstante haber recibido quejas, informaciones y solicitudes de protección por parte de los ciudadanos propietarios, poseedores o tenedores de fincas en la región mencionada, lo que permite concluir que las autoridades se encontraban enteradas de tan anómala situación, a pesar de lo cual no actuaron con la rapidez y eficacia que las circunstancias exigían, asumiendo un comportamiento negligente y omisivo, si se quiere, que configura una deficiente prestación del servicio de vigilancia y protección a la ciudadanía, que por expreso mandato constitucional debían brindarle, no solo con fundamento en el artículo 16 de la Carta, sino en el numeral 7 del artículo 120 de la constitución de 1886, donde se consagra a cargo del Gobierno Nacional la conservación del orden público en todo el territorio Nacional "y restablecerlo donde fuere turbado".

Con fundamento en lo expresado concluye la Sala que en el caso bajo estudio y ante la conducta omisiva y negligente de las autoridades policivas para hacer presencia y brindar la protección debida a los ciudadanos afectados por el subversivo comportamiento de las FARC, se incurrió por omisión en una falla en el servicio de vigilancia y protección por parte de la Policía Nacional.

Establecido el primer elemento, de los tres que configuran la responsabilidad extracontractual de la administración, corresponde verificar si los otros dos, es decir, el daño y el nexo causal correspondiente se hallan demostrados.

Los perjuicios cuya indemnización reclama el actor se refieren, de una parte, a los causados por el abandono forzoso de los predios "La Loyola", "Pomona", y "Sachapangal" o "San Francisco", y, de otra, a los producidos por el hurto del ganado dado en participación por el señor Hernando Grueso.

Con respecto a los primeros, esto es, a los derivados del abandono de los predios rurales mencionados, la Sala estima que sin necesidad de controvertir el título de propiedad de las fincas aludidas, en razón de la forma como ejercita la acción de reparación directa el demandante, bien podía reclamar como lo hace el reconocimiento indemnizatorio. En efecto, el actor en su libelo inicial concreta su condición de "poseedor material e inscrito" de los predios rurales a que se refiere este proceso, posición que permite entender que su derecho lo reclama no solo como propietario, cuyo título ha sido controvertido, sino como poseedor material de los mismos.

Ahora bien, cuáles fueron los perjuicios "por la imposibilidad de explotar económicamente, en forma adecuada y racional los predios relacionados ..."? Correspondía a la parte demandante su demostración y en criterio de la Sala dicha comproba-

ción no se logró. Así se sostiene por cuanto la actividad probatoria en este sentido fue realmente imperceptible, toda vez que los mayores esfuerzos se encaminaron a demostrar la existencia de la falla en el servicio, elemento éste que, como ya se determinó, se acreditó procesalmente.

Cuál era la producción de cada uno de estos predios, desde el punto de vista económico? Cuántas cabezas de ganado se mantenían en tales predios? Cuántos obreros o trabajadores laboraban en los mismo, cuáles sus funciones específicas, sus salarios, sus horarios, etc.? Al momento de abandonar la finca cómo estaban distribuidas las reses que allí supuestamente se levantaban? Cada cuánto tiempo entraban y salían para vender los animales? Cuál era la capacidad real de los predios para el sostenimiento de ganado? Cuáles instalaciones se tenían en las fincas nombradas para la atención y cuidado del mismo? Cuál era la inversión económica requerida en la atención de dichos animales y periódicamente cómo se distribuía? Cuándo exactamente se produjo el abandono de las fincas y cuándo nuevamente se continuó la explotación normal de las mismas? Cuál era la extensión de los potreros, la clase y calidad de los pastos, y el valor por hectárea de los mismos? Si el actor no hubiera abandonado las fincas cuál era la utilidad que se podía obtener en la explotación de tales predios?

Los anteriores interrogantes sin respuesta precisa en el proceso, indican fehacientemente a la Sala que los perjuicios materiales cuya indemnización se reclama por razón del abandono de los predios mencionados, no fueron establecidos adecuadamente por el actor, impidiendo así una decisión indemnizatoria en los términos consignados en la demanda. Cabe señalar así mismo que la menguada actividad probatoria en torno de estos prejuicios provocó que los mismos quedaran apenas anunciados, como si se tratara de hechos notorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal, le correspondía a la parte demandante, cuyos esfuerzos en tal sentido, se repite, resultaron insuficientes.

Similares consideraciones pueden hacerse en relación con los perjuicios derivados de la desaparición del ganado que según el actor se hallaba en los predios rurales ya mencionados.

Para la Sala, los perjuicios que por ese concepto se reclaman no han sido suficientemente comprobados. De una parte, si el perjuicio se halla directamente relacionado con el contrato de ganado en participación, lo más indicado es que tal contrato se pruebe, es decir, que se aporte al proceso, porque lo cierto es que si alguna ganancia percibía el actor la derivaba del contrato y, por consiguiente, era su obligación probar dicha relación contractual, lo cual no logró por cuanto la prueba escrita aportada resulta insuficiente. En efecto, la documental del folio 11, no es más que la manifestación unilateral de Hernando Grueso Arboleda de haberle entregado al actor unas reses en participación, elaborada cuatro años después, y aportada sin atender las exigencias de los artículos 252 y 272, en concordancia con el 277 del C. de P.C.

De igual manera, estima la Sala que el hurto del ganado procesalmente no se halla debidamente acreditado, por cuanto para ello no eran suficientes la sola denun-

cia penal y la ampliación que de la misma hizo el denunciante, con mayor razón cuando posteriormente aparecieron algunos de los semovientes presuntamente hurtados, y de los cuales se ignoran en este proceso sus datos más indispensables, en otros, la raza, edad, peso, tiempo de permanencia en las fincas del actor, etc.

Con información probatoria tan restringida y limitada mal podría hablarse en el caso examinado de que los perjuicios por la pérdida del ganado se encuentran demostrados. Si la base de los mismos es la utilidad dejada de percibir de acuerdo con el contrato suscrito por el actor con Hernando Grueso Arboleda y aquél no aparece legalmente aportado al proceso, se impone concluír que la presunta utilidad porcentual, el beneficio, no está debidamente probado y, consecuencialmente, no aparece entonces la demostración de los perjuicios correspondientes. Cómo establecer utilidades y por consiguiente configurar perjuicios, cuando el contrato no ha sido liquidado o si lo fué, en el proceso no hay prueba alguna sobre el particular, como tampoco la hay sobre el lapso a que se contraen los eventuales perjuicios reclamados.

Las anteriores consideraciones permiten a la Sala concluír que ante la deficiencia probatoria de la parte accionante para establecer los perjuicios reclamados, la responsabilidad de la administración no se alcanza a configurar por ausencia del daño y, desde luego, del nexo causal que se exige entre éste y la falla del servicio. Por tal virtud se confirmará el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia apelada, esto es, la de 27 de febrero de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

SEGUNDO: CONDENASE a la parte actora a pagar las costas de este proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo; Juan de Dios Montes Hernández; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO MEDICO/FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA

Al paciente no se le trató con diligencia y cuidado, no habiendo hecho nada el demandado, esto es, el ISS para demostrar lo contrario. Al paciente no se le hospitalizó para hacer un seguimiento a la evolución de su estado de salud, no se le hizo un diagnóstico rápido, con exámenes de laboratorio, ecografías, etc. No es de recibo que en casos como el que se analiza se limite el centro de atención médica, a través de sus profesionales, a enviar al afiliado a la casa para que se le trate con analgésicos. Cuando se pagan cuotas de afiliación al Seguro Social se aspira a una atención oportuna y buena. Igualmente a que la persona sea tratada como tal, y no como un número, que ocupa también una pieza con número y a la cual se le envía al laboratorio clínico también como número. Si para defender la dignidad de la persona humana se hace necesario hacerle decir a la ley lo que el legislador ni siquiera soñó, puede estarse a ello. Lo que no resulta de recibo es que so pretexto del manejo de hipótesis normativas, ora de orden sustancial o procedimental, se invite a patrocinar la desidia, la negligencia y, por ende, la falla del servicio en la prestación de la atención médica.

Consejo de Estado.-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santafé de Bogotá, D.C., diciembre once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

REF.: EXPEDIENTE Nro. 7416 -APELACION- ACTOR: JORGE HORACIO VILLEGAS Y OTROS

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora judicial de la parte actora, y por el apoderado del centro de imputación jurídica demandado, quien lo hizo en forma ADHESIVA, contra la sentencia calendada el día veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que en su parte resolutiva DISPUSO:

" 1o.- Declárase que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES es administrativamente responsable de los daños y perjuicios causados a HENRY VILLEGAS GIRALDO, LEONOR GIRALDO CASTAÑO, JORGE HORACIO VILLEGAS POSADA y ANGELA MARIA VILLEGAS con ocasión del inadecuado tratamiento médico quirúrgico a que se sometió a Henry Villegas Giraldo en la Clínica León XIII de esta ciudad luego de practicarle cierre de colostomía el día 22 de septiembre de 1988.

" 2o.- Como consecuencia de la anterior declaración condénase al Instituto de Seguros Sociales a pagar por concepto de perjuicios materiales a la señora Leonor Giraldo Castaño la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y UN PESOS M.L. ($236.871) y a Angela María Villegas la cantidad de CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M.L. ($422.298), ambas sumas actualizadas a la fecha de ejecutoria de esta sentencia aplicando la fórmula VP = S **Indice Final/ Indice Inicial,** conforme a lo indicado en la parte motiva de este proveído.

" 3o.- Por concepto de perjuicios morales el Instituto de Seguros Sociales pagará en favor de Henry Villegas el valor de QUINIENTOS (500) gramos oro, a LEONOR GIRALDO CASTAÑO y a JORGE HORACIO VILLEGAS POSADA el equivalente a CINCUENTA GRAMOS DE ORO para cada uno, al precio que tenga ese metal a la fecha de la ejecutoria de este fallo, según certificación del Banco de la República.

" 4o.- Niéganse las demás súplicas de la demanda.". (fls. 179 180 Cdno # 1).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Jorge Horacio Villegas Posada, Leonor Giraldo C., Martha Nelly, Angela María, Luz Marina, Gloria Stella, Jairo Antonio, Flor Lucía, Ana Fabiola, María Consuelo, Luis Fernando y Henry Villegas Giraldo, a través de apoderada, demandaron en ejercicio de la acción de reparación directa al Instituto de Seguros Sociales, reparación directa al Instituto de Seguros Sociales, representado por el gerente a efectos de que la Corporación lo declare

"ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE de todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales sufridos por los demandantes con ocasión del tratamiento médico y quirúrgico a que fue sometido el joven HENRY VILLEGAS GIRALDO, desde el día 6 de agosto de 1988 y del cual se dio cuenta en los hechos de la demanda".

"Que como consecuencia de la anterior declaración el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, debe pagar a las demandantes LEONOR GIRALDO Y ANGELA MARIA VILLEGAS GIRALDO, el valor de los perjuicios materiales (daño emergente), derivados de tales hechos, ajustado o actualizado en la forma indicada en el art. 178 del Código Contencioso Administrativo".

"A HENRY VILLEGAS GIRALDO, la indemnización por lucro cesante, teniendo en cuenta la disminución de su capacidad laboral, hasta completar su vida probable, consultando las fórmulas o procedimientos indicados por el Honorable Consejo de Estado y el Honorable Tribunal Administrativo, en múltiples fallos recientes".

"Que por concepto de perjuicios morales, la entidad demandada cancelará a todos y cada uno de los demandantes, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la Sentencia".

"Se dispondrá el cumplimiento del fallo en los términos señalados por el artículo 176 del C.C. Administrativo".

"Sirven de fundamento a la pretensión los siguientes,

"H E C H O S:

"1o. Para el día 6 de agosto de 1988, el joven Henry Villegas Giraldo era beneficiario del ISS por ser hijo menor del pensionado, señor JORGE HORACIO VILLEGAS P.".

2o. En la anotada fecha, 6 de agosto de 1988 y como consecuencia de herida abdominal con proyectil de arma de fuego, que hizo necesario su ingreso a la Clínica León XIII, procedentes del hospital de Rionegro".

"3o. Conforme a lo anotado en la hoja de entrada había sufrido: heridas en fosa renal izquierda en hipocondrio derecho. Otro orificio de entrada paralumbar izquierdo sin orificio de salida, herida tangencial en piel de hipogastrio derecho".

"4o. De acuerdo a la descripción operatoria el diagnostico fue, heridas colon transverso Nro. 2; lesión seromuscular de yeyuno; herida psoas izquierdo".

"5o. La intervención quirúrgica corrió por cuenta del ISS, concretamente se encargó el Dr. HECTOR GUTIERREZ, quien le practicó colostomía el 7 de agosto de 1988 y fue dado de alta el 16 del mismo mes".

"6o. En agosto 20 se hizo necesaria su hospitalización en la clínica León XIII, debido a su grave estado de salud".

"7o. Aprovechando su estadía en la Clínica, se le programó cierre de colostomía intervención esta que fue anticipada pues inicialmente se había programado para el 23 de septiembre".

"8o. El paciente en lugar de experimentar mejoría, por el contrario sintió malestar general, vómito, fiebre, etc, por lo cual fue indispensable hacerlo examinar de médicos particulares, los Drs. ARTURO PINEDA Y JOSE MIGUEL GUZMAN".

"9o. Como lo relata el médico JOSE MIGUEL GUZMAN, en nota que redactara para los médicos del Seguro Social de Rionegro donde se pensó trasladar al enfermo, al explorar se le encontró deshiscencia (es decir apertura) de la sutura a nivel descendente correspondiente a la antigua colostomía y, en términos del galeno ".....ello como es lógico a -sic- dando origen a severa peritonitis, trayecto fistuloso en formación por la herida de laparotomía y absceso gigantesco del Douglas 600 a 400 cc de pus que se mando a cultivar....".

"En otros términos: En forma por lo menos descuidada, el equipo médico que practicó la segunda operación (cierre de la colostomía) no constató que la sutura correspondiente a la anterior operación (antigua colostomía) se encontraba abierta a nivel descendente, ocasionando las graves lesiones descritas, que colocaron al joven HENRY VILLEGAS GIRALDO al borde de la muerte".

"10o. En octubre 12 de 1988 ingresó por urgencias a la clínica Soma con peritonitis por dehiscencia sutura cierre colostomía".

"11o. En octubre 13 se le practica laparatomia exploradora para exteriorizar el colon descendente a nivel de la herida y se le practicó igualmente colostomía. En octubre 21/88 fue dado de alta en la clínica Soma".

"12o. En el mes de enero de 1989 fue necesaria una nueva intervención quirúrgica para el cierre de colostomía, la cual se practicó el 23 de ese mismo mes".

"13. Como pago por la primera intervención efectuada en la Clínica Soma, se le canceló al médico JOSE MIGUEL GUZMAN la suma de $250.000 por atención quirúrgica y a la Clínica Soma la suma de $172.298 pesos, erogación que hizo la señora ANGELA MARIA VILLEGAS".

"14. Como consecuencia de la intervención quirúrgica que se le hizo en enero 23 para el cierre de colostomía fueron cancelados al Dr. JOSE MIGUEL GUZMAN la suma de $150.000 y a la Clínica Soma $86.871, erogación hecha por la señora LEONOR GIRALDO de V.".

"15. Lo anterior fuera de los traslados del paciente en vehículo expreso y el desplazamiento a los diferentes centros asistenciales, gastos éstos que ascienden a la suma de $35.000".

"De igual forma se canceló por compra de diferentes drogas necesarias para el tratamiento, la suma de $18.000.oo".

"16. Por error, ignorancia o descuido del cuerpo médico del ISS al practicarle el cierre de colostomía (Segunda operación) no se percató que la sutura correspondiente a la anterior operación (antigua colostomía), se encontraba abierta a nivel descendente, ocasionando graves lesiones que colocaron al paciente HENRY VILLEGAS GIRALDO al borde de la muerte".

"Las demandantes LEONOR GIRADO y ANGELA MARIA VILLEGAS madre y hermana del paciente fueron lesionados económica y moralmente. Los demás demandantes fueron lesionados moralmente en razón del vínculo de consanguinidad que los liga con el paciente y por cuanto todos viven bajo el mismo techo y sufrieron en forma directa todos los dolores, malestares, ingresos de urgencia a centros hospitalarios, la zozobra y angustia de ver a su ser querido padeciendo de los intensos dolores y su estado de gravedad. El joven HENRY VILLEGAS GIRALDO es aún más lesionado puesto que vivió en carne propia todos los sufrimientos originados del mal tratamiento médico y quirúrgico que se le dio".

"17. Conforme al Dto. 01/80, art. 86 (sic), procede la presente acción pues se evidencia una falla en el servicio de la entidad demandada, no importando en este caso si ello ocurrió por culpa personal de un servidor suyo".

"18. El joven HENRY VILLEGAS GIRALDO, avanzaba sus estudios de bachillerato y se encontraba próximo a iniciar su etapa productiva, lo que se dificultará por la merma de su capacidad laboral".....

"C O N S I D E R A C I O N E S :

"Como pretensión fundamental se solicita que se declare que el Instituto de Seguros Sociales, es administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales sufridos por los demandantes con ocasión del tratamiento médico y quirúrgico a que fue sometido el joven HENRY VILLEGAS GIRALDO, desde el día 6 de agosto de 1988".

"Con respecto a la pretensión se establecieron los siguientes hechos:

"1. Henry Villegas Giraldo ingresó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIA-

LES el 7 de agosto de 1988 para cirugía, con un diagnóstico preoperatorio de herida por arma de fuego "... en hipogastrio y flanco derecho". En la exploración de la cavidad pélvica se encontró que tenía: "1) Heridas colon transverso # 2. 2) Lesión seromuscular de yeyuno. 3) Herida psoas izquierdo". -fls. 103.

"2.- El acto quirúrgico que le practicó el cirujano Héctor Gutierrez, consistió en: "debridamiento rafias de Colon y exteriorización -rafia de Yeyuno y Dren", sin complicaciones. Ver historia Clínica -fls. 103 del expediente.

"Egresó de la Clínica León XIII el 16 de agosto de 1988, mientras llegaba la fecha para el cierre de colostomía programada para octubre 13 de 1988. -fl. 108 vto.-

"3.- Dicho evento se adelantó para el 22 de septiembre de 1988. Fue dado de alta el 28 de ese mismo mes. -fl. 115-.

"4.- Al día siguiente (sept. 29/88) hubo de acudir al centro de urgencias del I.S.S. de Rionegro. En la Historia Clínica se lee: "Pte de 17 años que ayer salió de León XIII por cierre de colostomía y que desde anoche presenta fiebre y disuría... En F mucosas secas pálido temp. 37° C F C 80... dolor a la palpación difusa. Herida cirugía en buenas condiciones".

De acuerdo al mismo documento se le formuló "Hartman 500 cc a chorro" y "citoquímico de orina urgente". Con el examen se descubrió un proceso infeccioso que se combatió con "Trimetropin Sulf. #20 2 c/12h. -fls. 111 vto.-

"El 3 de Octubre de 1988 se emite orden de hematología -fls. 112- Y según consta a folios 114, el 9 de ese mismo mes se "ORDENA HOSPITALIZACION para Clínica León XIII #1 Piso 1, para la 1 P.M.". No se sabe si el paciente se hospitalizó o no. En cambio si se conoce por la historia Clínica de folios 45 a 70 y versiones de los doctores Pineda y Guzmán, que ingresó por urgencias a la Clínica SOMA con "Peritonitis por deshiscencia sutura cierre colostomía ..." cuyos antecedentes deja consagrados el primero de los declarantes así:

"... más o menos el día 12 de octubre de 1989, la mamá llevó a este muchacho a la consulta porque estaba gravemente enfermo según ella, y me relató que días antes había sido herido llevado después a la Clínica del ISS donde fue intervenido en primera instancia, dejándole abocado el intestino a la pared, que unos 15 días posteriormente se le había hecho la segunda operación es decir la reconstrucción del intestino grueso, lo habían dejado unos días en la clínica, y había sido envidado (sic) luego a su casa, pero este muchacho no había seguido bien a pesar de las interconsultas hechas en Rionegro si no estoy mal, pero que no mejoraba y que en vista de eso lo había llevado de nuevo al Seguro. Yo vi al muchacho e inmediatamente me di cuenta de la gravedad de su estado, muy delgado, muy pálido y encorvado hacia adelante, teniéndose del abdomen

con las dos manos a causa del dolor. Le hice un examen físico y encontré un abdomen agudo, inmediatamente le dije a la mamá que ese muchacho estaba grave y que había que intervenirlo de inmediato, que lo llevara entonces al Seguro que era donde lo habían tratado a él. La mamá me contesto que ella no lo llevaba al Seguro porque de allá lo traía y que lo único que le habían dado era órdenes para examen de laboratorio, que ella lo llevaba más bien y lo trataba particularmente y que fuera yo el que lo interviniera. En vista de la gravedad del caso yo llamé al D.r JOSE MIGUEL GUZMAN médico cirujano muy prestante, le conté del caso y lo invié inmediatamente donde él". -fls. 41 y 42.

"El cirujano José Miguel Guzmán, se refiere al caso de Henry Villegas diciendo: "... meses atrás había sido herido en el abdomen con arma de fuego, creo, y le habían practicado en el ISS una operación donde fue necesario practicarle una colostomía (ano contra natura); evolucionó bien, de esta primera intervención en el ISS posteriormente se le corrigió la colostomía y se le hizo un cierre, sin más -sic- no recuerdo fue en septiembre del 88 este procedimiento, a raíz de este procedimiento, quedó filtrando este cierre de colostomía, o sea se abrió la sutura del intestino grueso, desarrollando una peritonitis con un absceso del duglas ..." "... con este cuadro fue intervenido por mi en octubre de 1988 drené el absceso limpié la cavidad y volví a hacer una nueva colostomía, porque era la única forma de sacarlo adelante y posteriormente en enero del 89 se le hizo ya con una plena recuperación del paciente cierre de colostomía, quedando en perfectas condiciones ...".

"En cuanto al examen a que sometió al joven Villegas el doctor Guzmán dijo: "... encontré al paciente tóxico, muy deteriorado y grave ..." -fl. 92-. Su expresión fue "... los médicos se equivocaron ...". Sostiene que "El ideal hubiese sido cierre de colostomía, evaluación cercana en el post-operatorio inmediato (y constante), aparece una complicación, que es usual y puede suceder inmediatamente evaluación y reintervención para volver a hacer la colostomía, volver a iniciar un proceso de recuperación y una vez concluida esta intervención repetir el cierre, mientras más precozmente vez se haga esto menos riesgo como es obvio".

"Ciertamente la medicina es una ciencia de medios y no de resultados y de acuerdo con la jurisdicción en "... la mayoría de las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos médicos existe una cierta incertidumbre en cuanto a sus resultados y un riesgo que puede ocasionar un daño que deberá soportar el paciente, pues de ellos no puede hacerse responsable a quienes los realicen o lleven a cabo, puesto que mal podría pensarse que ellos están garantizando el riesgo o el éxito de la intervención o del tratamiento. Pero lo que si es cierto y debe quedar claro es que cuando tales intervenciones o tratamientos no se acomodan a los requisitos de diligencia y cuidado que para cada caso y en cada época recomiendan la ciencia de la medicina y el arte de la cirugía es apenas natural que si el Juez encuentra de las pruebas aportadas que esos requisitos faltaron y se produjo daño, deba inferirse que tuvo como causa esa falta de acomodamiento". (Sent. de octubre 24/90. Exp. 5902. Pon.: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. Jurisprudencia y Doctrina Enero de 1991, pág. 68).

"En el presente caso es claro que el paciente no fue tratado con la diligencia y cuidado recomendados por la medicina moderna con ocasión del primer cierre de colostomía pues, al quedar filtrando desarrollo una peritonitis con un absceso del Duglas que comprometió gravemente su salud y que los médicos del Seguro Social pudieron haber detectado como lo hicieron, al instante, los profesionales de la Clínica SOMA al encontrarlo "...muy delgado, muy pálido y encorvado hacia adelante ..." y practicarle un examen físico.

"Dar de alta al paciente en estado febril, no hospitalizarlo al día siguiente cuando a través de la interconsulta se estableció que continuaba con fiebre y disuria, mucosas secas y con dolor a la palpación difusa, para repetir el proceso quirúrgico que tuvieron que practicarle los médicos particulares, muestra a las claras que Henry Villegas no estuvo adecuadamente atendido con ocasión del cierre de la colostomía efectuado en la Clínica León XIII del Seguro Social y en el período post-operatorio que siguió a dicha intervención, lo que se tradujo indiscutiblemente en falla del servicio médico que compromete su responsabilidad, tanto más cuando la administración no demostró que aquélla no existió, o que ocurrió por circunstancias incontrolables, más allá de la capacidad preventiva o correctiva que razonablemente puede esperarse de las entidades públicas.

"EL DAÑO.

"Conforme al concepto Médico Laboral Nro. 254 -fl. 137- "Estas lesiones se consideran -sic- secuelas definitivas de las heridas por bala que recibió el paciente y le producen una incapacidad permanente parcial y una merma en su capacidad laboral en un cinco por ciento-5%-".

"Con fundamento en el concepto anterior la apoderada del ISS afirma que como Henry Villegas Giraldo ".... lleva y llevará como consecuencia de las cirugías una vida completamente normal, sin ningún tipo de limitante no puede hablarse de daño, ni de relación de causalidad, pues estos dos extremos van íntimamente unidos".

"El criterio de la Sala es diferente el daño se presenta aunque el hecho no deje secuelas definitivas, basta con que sufra un perjuicio así sea transitorio que perturbe física o emocionalmente a la víctima o a su familia.

"Desde ese punto de vista, no cabe duda que la prolongación de un dolor y aún de la misma enfermedad, por causa de un tardío o inadecuado tratamiento médico genera un daño, así posteriormente la persona afectada se supere total y definitivamente del mal que lo aquejaba.

"Establecida la falla en el servicio médico y el daño que devino como consecuencia, el nexo o relación de causa a efecto surge inexorablemente.

"DE LA INDEMNIZACION.

"Se pide, que como consecuencia de la declaración de responsabilidad en contra del Instituto de los Seguros Sociales, se condena (sic)a pagar por concepto de perjuicios materiales en su manifestación de daño emergente, a LEONOR GIRALDO y ANA MARIA VILLEGAS GIRALDO, el valor de los gastos médicos, hospitalarios y quirúrgicos actualizados.

"A Henry Villegas, por el mismo concepto la indemnización por lucro cesante, teniendo en cuenta la disminución de su capacidad laboral, hasta completar su vida probable. Y, como perjuicio moral a todos y cada uno de los demandantes el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, al precio que certifique el Banco de La República a la fecha de ejecutoria de la Sentencia.

"La primera petición es oportuna y legítima, pues no solo consta a folios 17, 18 y 65 a 69 que las reclamantes hicieron las erogaciones, sino que las personas y la entidad que recibieron el pago reconocieron los comprobantes,Vr. en que constan dichas obligaciones -fls. 92 y 141-.

"En consecuencia Angela María Villegas tiene el derecho al reembolso de la cantidad de CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS ($422.298) y Leonor Giraldo Castaño a la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL OHOCIENTOS SETENTA Y UN PESOS M.L. ($236.871), ambos valores actualizados a la fecha de la ejecutoria del fallo, para lo cual se aplicará la fórmula:

$$\text{"VP} = S \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

"Donde S varía según el beneficiario, así:

"S = $422.298.oo con relación a Angela María Villegas, y

S = $236.871 respecto a María Leonor Giraldo Castaño.

"Indice Final = Para ambos casos será el Indice que Certifique el DANE sobre el promedio General de la Nación de precios al Consumidor,a la fecha de la ejecutoria de esta sentencia.

"Indice Inicial = También para ambas liquidaciones será el índice que certifique la misma entidad para octubre de 1988.

"No hay lugar al reconocimiento de gastos de drogas y transportes porque en el proceso no aparece acreditado su causación y monto.

"Tampoco se reconocerán perjuicios materiales en su manifestación de lucro cesante en favor de Henry Villegas Giraldo, porque no se demostró la inadecuada atención del Servicio Médico del Seguro Social le hubiese causado un daño que se tradujera en secuelas que se le limitaran su capacidad laboral futura.

"PERJUICIOS MORALES:

"Dijimos en antes, y así lo ha reconocido la jurisprudencia, que el perjuicio moral es el dolor o sufrimiento de quien padece un daño, independientemente de las secuelas físicas y perturbaciones psíquicas que puedan haber producido. Interesa que se haya padecido un dolor o soportado un sufrimiento.

"Para el caso, se presume que la víctima, comprometida gravemente en su salud hasta el punto de tocar a las puertas de la muerte, sufrió la natural angustia de ver truncada su joven vida, sufrimiento que también padecen la madre y el padre por las consabidas condiciones que la maternidad y la paternidad depara frente a los hijos.

"No puede decirse lo mismo con relación a los hermanos mayores, obligados a aportar elementos de convicción reveladores de que con la víctima mantienen nexos entrañables de hermandad como los que se presumen, sostienen los menores que comparten necesidades y alegrías bajo el mismo techo.

"En el asunto *subjudice*, no se demostraron esas especiales circunstancias, razón por la cual la condena no cobijará a este sector de accionantes. La indemnización por ese concepto se hará en favor de la víctima Henry Villegas, su padre y madre. Al primero se le pagará el equivalente a Leonor Giraldo Castaño y al padre Jorge Horacio Villegas el equivalente a CINCUENTA (50) GRAMOS DE ORO para cada uno, al precio que este metal tenga en el momento de la ejecutoria del fallo, según certificación del Banco de la República.". (fls. 166-179 Cdno No. 1).

- II - SUSTENTACION DEL RECURSO POR LA APODERADA DE LOS DEMANDANTES.

A folios 182 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que la mandataria judicial de los actores hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica orientadas a defender la perspectiva desde la cual ella ha estudiado el caso. Su inconformidad con la sentencia impugnada se recoge en su alegato bajo el rubro "EN CONCLUSION", donde se lee:

"3.2.1. Los graves y prolongados padecimientos, la angustia, no solo por los terribles dolores sino también por la cercanía de la muerte, la ansiedad y la

zozobra experimentados por el joven Henry Giraldo Villegas quedan acreditados plenamente con lo que expresan los distintos médicos y los demás declarantes; es por ello que la indemnización debe aumentarse a 1.000 gramos oro.

"3.3.3. Para los padres.

"En la sentencia (página 14) se afirma que los padres también experimentaron igual sufrimiento que Henry "... por las sabidas condiciones que la maternidad y paternidad depara frente a los hijos", pero no condenó a una cantidad igual, como era de esperarse, sino apenas a 50 gramos de oro para cada uno:

"Consideró que la indemnización debe ser de 1.000 gramos, para cada uno.

"3.2.3. Para los hermanos.

"Como se infiere de todas las declaraciones, los demandantes conforman una familia bastante unida, incluso los médicos al rendir testimonio dejan en claro que los hermanos sufrieron al lado de Henry y sus padres -formando una verdadera y ejemplar familia-, por los terribles padecimientos que afectaron a aquél; experimentaron angustia al verlo en estado grave y con inminente peligro de muerte. Obsérvese que la hermana, Angela María, canceló parte de las cuentas en formas que el Tribunal condenó a que se le paguen $422.298, actualizados, es esta una indicación más de su preocupación por la suerte del hermano; pero hay que aclarar que para obtener esa suma colaboraron los demás hermanos;

"El doctor Guzmán expresa como los padre y **hermanos** de Henry estaban muy angustiados no solo por su salud, **sino también por ver como iban a pagar las cuentas**.

"Y el médico Luis Javier Villegas es enfático en manifestar que dada su situación económica ellos tuvieron que recurrir a muchos recursos como rifas y ayudas personales para atender las gastos de cirugía.

"Quedan demostrados, hasta la saciedad, los entrañables nexos de hermandad, de cariño, de mutua ayuda por parte de los hermanos, echados de menos por el Tribunal. Debe condenarse a la cantidad de 500 gramos de oro, en favor de cada uno".

- III - CONDUCTA PROCESAL DEL PROCURADOR JUDICIAL DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que brinda la ley el apoderado del I.S.S. ADHIRIO al recurso de apelación y alegó dentro del siguiente universo:

"01. No existió acto, hecho u omisión, por parte de algún funcionario, agente o dependiente del I.S.S., calificable como irregular o equivocado, que haya causado la enfermedad 'peritonitis' en el menor Henry Villegas Giraldo.

"02. No existieron fallas en la infraestructura del servicio médico-quirúrgico prestado por el Instituto que pueda imputarse a personal directivo.

"03. No se comprobó daño alguno en los demandantes, de naturaleza económica ni moral.

ANALISIS

"I- NO EXISTIO FALLA EN EL SERVICIO DE SEGURIDAD SOCIAL.

"A) LA EVENTUAL (NO PROBADA) CULPA PERSONAL DEL MEDICO-CIRUJANO NO EQUIVALE A 'FALLA DEL SERVICIO'.

"(01)- En principio, el ISS -demandado- está amparado por la regla básica de prueba: las negaciones indefinidas no requieren comprobación a cargo de quien las hace (a. 177 CPC).

"(02)- La responsabilidad del Estado, bajo régimen de derecho, es necesariamente reglada; lo cual implica que es:

" -'autónoma'; es decir que, para nuestro caso, el Instituto obra siempre en virtud y por las leyes y reglamentos administrativos vigentes; cuya interpretación, por ende, es restrictiva. Y es en virtud del cumplimiento de su servicio en función de esas leyes y reglamentos como puede clasificarse en regularidad y eficacia, o su falla;

"-'especial'; dado que cada servicio, como lo es el de seguridad social, tiene unas coordenadas reglamentarias y de interpretación particulares y únicas, según la naturaleza propia de cada servicio; y

"-'anónima'; es decir, la falta del servicio, cuando ella se da, no proviene directa ni necesariamente de las personas naturales determinadas que obran como sus agentes o subordinados.

"(03)- En tal forma, la culpabilidad eventual de los funcionarios o agentes del Estado -o del Instituto- quenes (sic) esencial para generar responsabilidad penal y/o civil de aquéllos, no necesaria ni directamente genera responsabilidad administrativa; y solo se da esa causación administrativa de responsabilidad cuando el obrar o la omisión de tales agentes, indebidos, se debe a deficiente organización y funcionamiento administrativos del servicio mismo.

"(04)- Tiene establecido la jurisprudencia, para comenzar, que la obligación del médico es de 'medio' y no de 'resultado'; cumple su misión si realiza su intervención dentro de los conocimientos y medios técnicos conocidos y a disposición. En el presente caso, la misión del cirujano, inclusive, se cumplió en el resultado: salvar la vida del paciente grávemente herido con arma de fuego. Pero evitar complicaciones postoperatorias, como las infecciones, no era su obligación si estas -repetimos- no se debieron a evidente negligencia o dolo personal.

"B). NO HAY PRUEBA EN ABSOLUTO SOBRE LA EVENTUAL CULPA DEL MEDICO CIRUJANO.

"(01)- No se recibió prueba alguna sobre la circunstancia de que la 'peritonitis' sufrida por el paciente se debiera a procedimiento quirúrgico equivocado o a error técnico en la operación.

"(02)- Una demanda de reparación directa señalando como causa una mala práctica quirúrgica, no puede fundamentarse en hechos genéricos: aseverando que el paciente hizo en el postoperatorio una 'peritonitis' y que ésta se debió a filtraciones posteriores a la colostomía. Era preciso demostrar plenamente que estas sedicentes filtraciones en el tracto digestivo fueron consecuencia de preciso error técnico-científico -que era necesario identificar-, y demostrar que esas filtraciones eran humana y científicamente evitables para el cirujano en el momento de la práctica. Tales pruebas, obviamente, no se dieron.

"B) La parte demandante no cumplió en lo mas mínimo con su carga probatoria.

"Puede analizarse desde el ángulo de QUIEN debe probar y desde el ángulo de QUE debe probar.

"QUIEN DEBE PROBAR:

"(01)- Sobre el *'onus probandi'*, y especialmente en el campo contencioso-administrativo, es realmente lamentable la inseguridad jurídica que tan frecuentes cambios de jurisprudencia se dan; y, peor aún, con una sofisticación argumental que termina apartándose de la lógica jurídica, de los principios filosóficos del derecho, de la justicia y de la realidad viva donde se aplica. Más grave esta inseguridad en el campo procesal, y, peor aún, en el probatorio; porque generalmente constituye 'correrle la alfombra' y dejar indefensa a cualquiera de las partes. Y es que resultan más bien nebulosos algunos cambios de doctrina, como el contenido en sentencia del Consejo de Estado, Sección III - de octubre- 24/90 Expediente 5902 (`LEGIS' - 1991, pág. 42), donde se intenta apuntalar institutos jurídicos aptos para el siglo XXI interpretando normas civiles creadas en el Siglo XIX.

"(02)- Pero el primer criterio ineludible en materia probatoria, es el de **seguir los mandamientos legales vigentes**; y no inventar para cada caso y para cada época por vía de arbitraria hermenéutica.

"(03)- El segundo criterio es el de que la jurisdicción contencioso-administrativa **se aplica el sistema probatorio civil**; por ser precisamente mandamiento legal, y cuidando desde luego su compatibilidad con la naturaleza de aquella (CCA.,a. 168).

"(04)- En materia de "carga probatoria" hay dos (2) mandamientos positivos:

"- uno constitucional: "Toda persona se **presume** inocente ..." (C.N., 29); y

"- uno legal: "**Incumbe** a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico **que ellas persiguen** (CPC., a. 177). E "**Incumbe probar** las obligaciones o su extinción **al que alega** aquéllas de ésta" (CC, 1757).

"(05)-Las anteriores disposiciones vigentes en Colombia son de obligatoria obligación; y como son claras no se puede desantender su tenor literal bajo el pretexto de consultar su espíritu.

"Pero no sobre advertir que no son normas arbitrarias, o regentes solo en algunos países, sino que están fundamentadas en principios universales y necesarios del derecho probatorio, o sea en la filosofía de la prueba; apoyadas en tres "reglas que informan la carga de la prueba, a que no escapa ninguna legislación antigua ni moderna, a saber: a)- '*onus probandi incumbit actori*', o sea que al demandante incumbe probar los hechos en que funda su acción; b)- '*reus in excipiendo, fit actori*', o sea que el demandado, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa; y c)- '*actore non probante, reus absolvitur*', es decir que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si este no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda" (`De la Prueba en Derecho', Antonio Rocha, 5ª Ed., p. 71). Y continúa el tratadista: "Contribuye a aclarar estos principios la división que se suele hacer en derecho procesal de los hechos: en constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos; división que pone a cuenta del actor los constitutivos de la demanda, y a cuenta del demandado los demás.

"Y Según este doctrinante y todos los demás del derecho probatorio, estos tres principios son necesarios y universales porque traducen una realidad humana e invariable; que el estado primigenio y normal entre las personas en sociedad es su libertad; y la excepción es que tengan coartada esa libertad mediante obligaciones de diferente fuente. Lo normal y primigenio es que una persona no les deba a las demás, no se asocie mercantilmente con las demás, no cause daño a las demás,.....Entonces, de ahí, la presunción como de inocencia, mientras no

se pruebe lo contrario; y la carga de esa prueba es precisamente de quien afirma lo contrario.

"(06) - Ahora; tanto la teoría (lógica de las pruebas) como nuestra legislación (CPC), establecen **dos (2) excepciones**, y dolo dos, a la presunción de inocencia y a la carga de la prueba de quien alega lo contrario; excepciones mediante los cuales **se traslada** es carga probatoria, y son:

"-las **presunciones** en contrario (CPC., a 176); y

"-las **negaciones indefinidas** (CPC., a 177, inc. 2).

"(07) - Pero para que la presunción se dé necesita dos (2) condiciones:

"- que se encuentre **expresamente establecida en la ley**, y

"-que el **hecho de apoyo esté plenamente probado**.

"Y para que la negación indefinida se dé necesita:

"-que no se apoye en afirmaciones de otro hecho que pueda probarse.

"(08) - En nuestro proceso, la parte actora demanda obligación indemnizatoria alegando que agentes del Instituto demandado causaron un perjuicio por 'falta en el servicio' de seguridad social. Entonces, la primera cuestión es: ¿Le bastaba a los demandantes simplemente negar que el médico o el personal médico del Instituto empleó la debida diligencia en la intervención?

"Obviamente que no. Porque mediante la Historia Clínica del procedimiento quirúrgico puede constatarse la conducta total de ese personal técnico. Como se observa, en momento alguno la parte actora estuvo imposibilitada de probar positivamente los hechos que pudieron ser la causa para sus pretensiones; luego no se operó traslado que esa carga probatoria para el Instituto demandado, por este concepto.

"(09) - En cuanto a presunciones, como ya evocamos, la jurisprudencia, en la sentencia típica de octubre-24 '90, luego de confusos y sutiles argumentaciones, con apoyo en el artículo 2356 del C.C., sostuvo que se da la responsabilidad estatal por falla del servicio presunta, en actividades de alto riesgo; casos en los cuales bastaría al demandante la prueba del daño ocasionado con instrumento que pertenece al servicio o que de alguna manera estaba bajo su control. Y desentraña esta presunción del citado a 2356.

"Para la parte que represento, semejante tesis adolece de dos (2) fallas del orden legal, que son suficientes para descubrir su inconsistencia:

"a) El a. 2356 pertenece a la regulación de la responsabilidad común entre particulares; y

"b) En todo caso, no establece expresamente (diría que ni tácitamente) presunción alguna.

"Tres de los cuatro magistrados de la Sala que produjo la sentencia citada tuvieron que 'aclarar voto'; porque aunque coincidentes en la parte resolutiva, no compartieron el nuevo planteamiento sobre carga probatoria frente a la responsabilidad del I.S.S. en caso análogo. Y como dentro de los magistrados de conocimiento se encontraba el Señor Magistrado Ponente para este proceso, sobran citas textuales y consideraciones adicionales.

"(10) - Lo que nos parece evidente e indiscutible, en el aspecto de la carga inicial de prueba, que constitucional y legalmente corresponde al demandante, es que no puede trasladarse a la parte demandada mediante presunciones que no estén expresamente establecidas en la ley. Y esa presunción legal de responsabilidad administrativa, aplicable a la acción bajo el examen, no existe.

"QUE DEBE PROBAR.

"(01) - Hemos subrayado la característica del servicio médico: crea obligaciones de 'medio', no de 'resultado'. Desde luego su actuación tiene un efecto querido: recuperar la vida o la salud del paciente; pero este objetivo no es su obligación. Simplemente porque la unidad sicosomática que es cada persona contiene aún un mundo secreto de leyes y causas que la ciencia apenas va descifrando paulatinamente. Así que la obligación del médico y del servicio médico es el **empleo de la ciencia y medios técnicos conocidos en forma óptica**. La muerte o la subsistencia de una patología no son '*per se*' falla profesional ni, menos, falla del servicio.

"(02) - Pero claro que si la muerte o la patología subsistente tuvieron por causa innecesaria un error científico o técnico, que desde luego pude ocurrir, corresponde a quien lo señala y alega, probarlo; y al servicio médico, si es el caso, contraprobar la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho del tercero o la culpa, de la víctima. Pero pretender que cada médico en cada tratamiento y cada cirujano en cada intervención, estén abocados a probar plenamente que emplearon todos los conocimientos científicos y todos los procedimientos técnicos disponibles, para liberarse de toda responsabilidad penal y/o civil; o pretender que el Instituto en cada caso, de los decenas de miles, deba probar que el servicio se prestó sin falla alguna de su infraestructura y organización; es exigirles la prueba 'diabólica'. Amen de incitar a los particulares inescrupulosos -que los hay en abundancia- a jugar a la lotería indemnizatoria contra médicos e instituciones de salud y seguridad social, incoando acciones que no les exige responsabilidad ni esfuerzo probatorios.

"(03) - Probar la práctica quirúrgica y la patología consecuencia (peritonitis), no es probar hechos inculpativos; porque la simple concurrencia de estos dos hechos no indican en lo más mínimo del error profesional ni la falta de servicio.

"II - NO SE PROBO DAÑO

"(01) - Tiene establecido la jurisprudencia que en acciones de reparación directa e indemnizatorias el demandante no se presenta legitimado sustancialmente como beneficiario, sino como damnificado. Así que no es suficiente probar el parentesco; porque de la calidad de pariente no se presume la calidad de damnificado.

"(02) - Presunciones legales de rentas patrimoniales y de responsabilidad familiar no existen. Y para este proceso no se practicó prueba alguna al respecto.

"III- LAS PRUEBAS.

"01. Los familiares de HENRY VILLEGAS GIRALDO, el menor, lo trasladaron, a su propia iniciativa, de la vigilancia y responsabilidad del Instituto, a la de servicios médicos particulares en la Clínica SOMA; y lo hicieron en un momento del postoperatorio cuando no podía haberse configurado aún la presunta falla del servicio, porque:

"a) La intervención del ISS hasta esa época fue intachable; inclusive así calificada en criterio del propio médico particular de la Clínica SOMA, Dr. JOSE MIGUEL GUZMAN VELEZ;

"b) - La naturaleza de la herida, con arma de fuego y en el claustro gástrico, conlleva especialmente, hoy por hoy, en altísimo riesgo de graves y extendidas infecciones. Así lo acreditaron los propios médicos de la Clínica SOMA; y

"c) -Los médicos de la Clínica SOMA hicieron, al parecer, un buen trabajo quirúrgico; pero es hoy física y jurídicamente imposible probar que el I.S.S. no hubiera hecho igual o mejor trabajo médico.

"02. Como está probado en el expediente, y reconocido en la propia sentencia, el 3 de octubre de 1988 se dio orden de hematología (fl. 112), y el **9 de octubre '88 se "ORDENA HOSPITALIZACION" para la Clínica LEON XIII**, No. 1, Piso 1, para la 1 p.m. (fl. 114). Y el mismo Juzgador '*a quo*' reconoce: "No se sabe si el paciente se hospitalizó o no". Conclusión: El ISS ordenó hospitalización en octubre -9 '88; pero el menor, en lugar de hospitalizarlo en la Clínica LEON XIII, decidieron sus familiares hospitalizarlo en la Clínica SOMA tres (3) días después. Y tres días, en una `peritonitis' son la diferencia entre la vida y la muerte; **y este desamparo hospitalario en el**

tiempo, en los tres (3) días más críticos de la infección, es CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.

"Y a qué se debió este cambio de escenario hospitalario?. La causa no son las afirmaciones de la demanda, sino el contenido de las pruebas. Y solo hay una prueba al respecto: el dicho, y de oídas, del testigo DR. ARTURO PINEDA GIRALDO: "....Le dije a la mamá que este muchacho estaba grave y que había que intervenirlo de inmediato, que lo llevara entonces al Seguro que era donde lo habían tratado a él. La mamá me contestó que ella no lo llevaba al Seguro porque de allá lo traía y que lo único que le habían dado eran unas órdenes para exámenes de laboratorio.....". ¿Este dicho de la madre de la víctima, declarado de oídas por el médico, sobre que lo único que el Seguro le había ordenado era exámenes de laboratorio, es prueba plena de falla del servicio y de justificación para no hospitalizar al paciente en su clínica?

"03. Que la 'peritonitis' era evitable con una técnica quirúrgica distinta a la empleada, o con alguna intervención anterior a la practicada en la Clínica SOMA, constituye una perplejidad fáctico-científica para este proceso que exclusivamente podía resolverse con la PRUEBA PERICIAL. Que no se dió.

"Existen, ciertamente, opiniones de los médicos declarantes; que, desde luego, con (sic) atendibles a la luz del a.227, inc. 3, del CPC. Pero estas opiniones autorizadas jamás pueden suplir la prueba pericial; prueba que tiene en todo estatuto procesal una reglamentación especialmente compleja y estricta para su contradicción. Aquí no se dio oportunidad al ISS para recusar a quienes dieron conceptos periciales, ni para solicitar aclaraciones o complementaciones, o para objetar por error grave, o para obtener pericia aclaratoria; con lo cual, de apoyarse la sentencia en estos conceptos como si fueran periciales, se estaría vulnerando para el I.S.S. gravemente su derecho de defensa.

"04. Además, las declaraciones de los médicos, como tales, están sujetas a la crítica del testimonio; y para esto es dable observar la tacha de parcialidad, por cuanto no eran ajenos al escenario de los hechos, sino precisamente los protagonistas de la cirugía que se supone sustituyó la del Seguro no practicada a tiempo.

"05. Se señaló, luego, como causa supuesta de la infección la circunstancia de que al cierre de la colostomía subsistió una filtración. Y aquí la sentencia, de haber sido probado este hecho -que no lo fué-, confundió un riesgo creado para todo cirujano, con una falla técnica del cirujano que intervino; lo cual es un error de hecho. El Dr. JOSE MIGUEL GUZMAN califica la infección como "una complicación que es usual" f. 92); y el Dr. LUIS JAVIER VILLEGAS asevera que "las colostomías con relativa frecuencia ocasionan estos cuadros" (f. 87). Lo cual implica que a los propios médicos de la Clínica SOMA o a cualquiera otro se le pudo presentar la misma complicación o cuadro infeccioso, sin que ello fuera culpa profesional del cirujano.

"06. Y la sentencia incurrió en otro error de hecho, al inferir falla del servicio porque los médicos de la Clínica SOMA diagnosticaron "al instante" la 'peritonitis'. Y es error, porque, de una parte, tres (3) días **antes** el ISS había ordenado la `hospitalización' del asegurado (en octubre-9), lo cual indica que ya habían detectado la gravedad de la infección; y, de otra parte, es evidente, que transcurridos tres (3) días en el proceso de una patología de tal veloz evolución como la infección en el peritoneo, los signos de esta eran protagónicos (evidentes) para la observación clínica de cualquier médico.

"07. Al DR. ARTURO PINEDA GIRALDO, el médico de la SOMA que recibió al paciente, se le presentó si el procedimiento realizado por el ISS era el correcto, y "RESPONDE: Sí, es el procedimiento correcto". f. 43).

"08 - Al Dr. JOSE MIGUEL GUZMAN VELÈZ, cirujano de la SOMA, se le PREGUNTO: "Sírvase decirnos si el procedimiento llevado a cabo en el ISS inicialmente era el aconsejable en este caso. RESPONDE. Yo creo que la primera vez que se le operó se le salvó la vida al paciente; se le hizo una operación muy bien hecha y muy concienzuda" (fl. 91). Y PREGUNTADO: "Díganos con qué frecuencia debe examinarse un paciente que se ha practicado colostomía. RESPONDE. En el postoperatorio inmediato cada 12 horas, en un período variable entre 4 y 8 días.....". Y PREGUNTADO: Cuánto tiempo hubo entre la colostomía y el cierre: "RESPONDE: No lo recuerdo; pero sí quiero anotar que si el cirujano lo cerró, estaba indicado; los cirujanos del ISS están entrenados y saben lo que están haciendo" (fl. 93).

IV - LA INDEMNIZACION

"Además de las incontrovertibles argumentaciones de la sentencia, para absolver a la parte demandada de las indemnizaciones impetradas, debo subrayar:

"En cuanto al `lucro cesante', que del concepto médico laboral aportado al proceso no se sigue una incapacidad **permanente** en el paciente. Y, en segundo lugar, se tiene establecido (en seguridad social y en el campo laboral) que para tener derecho a una pensión por invalidez se necesita una disminucuón (sic) de la capacidad laboral del 66.66% en adelante, ¿Pretende la parte demandante obtener una indemnización equivalente con una presunta incapacidad del 5%, y que no consta que sea permanente?

"En cuanto a los `perjuicios morales', no se dieron; porque, en este aspecto, rige el mismo principio de que no basta probar el parentesco o la calidad de heredero; sino las circunstancias de cercanía, afecto y responsabilidad que indiquen con evidencia el daño moral.

"Y en este aspecto, simplemente, se estaría condenando al ISS a pagar un daño que, a todas luces, es de la exclusiva responsabilidad del **homicida frustrado,**

y no del Instituto, que a propia calificación de los médicos particulares, no hizo otra cosa que **salvarle la vida.**

"-Finalmente, en cuanto a los 'costos erogados' por las dos demandantes; que de estos no puede responsabilizarse al I.S.S.; porque, como quedó comentado, **no se dió prueba alguna de que los familiares del menor necesitaran inevitablemente, para salvar la vida del paciente, llevarlo a una Clínica particular**". (fls. 201 - 209 Cdno. No. 1). (subrayas del texto).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, aunque con algunos reajustes de alcance económico por las razones que más adelante se precisarán.

En el caso *sub-exámine* la falla del servicio médico oficial se presume, dentro del marco jurisprudencial que fijó la Sala en sentencia de veinticuatro 924) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992), Expediente Nro. 6754, actor HENRY ENRIQUE SALTARIN MONROY, Consejero Ponente Dr Carlos Betancur Jaramillo, en la cual se hace referencia también al fallo de 26 de marzo de 1992, Expediente Nro. 6654, Actor Fabiola Ariza de L. Consejero Ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández. En dicho proveído se razonó judicialmente dentro del siguiente universo:

"La falla del servicio médico asistencial se manejó en un principio por la jurisprudencia de la sala dentro del campo ordinario de la falla probada del servicio (no presunta) y tomando como patrón las obligaciones de medio. En este sentido se dijo que le incumbía a la parte actora la carga de demostrar: a) Que el servicio no funcionó o funcionó tardía o irregularmente porque no se prestó dentro de las mejores condiciones que permitía la organización misma del servicio (su infraestructura) en razón de las dolencias tratadas, no sólo en cuanto a equipo, sino en cuanto a personal médico y paramédico; b) Que la conducta así cumplida u omitida causó un daño al usuario y comprometió la responsabilidad del ente estatal a cuyo cargo estaba el servicio; y c) Que entre aquélla y éste existió una relación de causalidad.

"Ejemplo de esta orientación jurisprudencial se observa en los últimos años, entre otras, en las sentencias de septiembre 13 de 1991 (Proceso 6253, actor Mélida Inés Domínguez de M. ponente Carlos Betancur Jaramillo); febrero 14 de 1992 (Proceso 6477, actor: Mariana Barazzutti Ch. ponente Carlos Betancur Jaramillo); marzo 26 de 1992 Proceso 6255, Actora Ana Ochoa de P. ponente Julio César Uribe Acosta); y marzo 26 de 1992 (Proceso 6654, actor Fabiola Ariza de L. ponente Daniel Suárez Hernández).

"Esta jurisprudencia empezó a cuestionarse de tiempo atrás. A este respecto se observa la sentencia de 24 de octubre de 1990 (proceso 5902 actor María Helena Ayala de O.), con ponencia del señor ex-consejero Gustavo de Greiff r. en la

cual se inició el viraje hacia la tesis de la falla presunta, con sendas aclaraciones de voto de los señores consejeros Uribe Acosta y Betancur Jaramillo. Luego, en sentencia de 30 de julio de 1992 (Proceso 6897 Actor: Gustavo Eduardo Ramírez) esta misma sala con ponencia del señor consejero Daniel Suárez Hernández, logró unificarse en torno a las ideas que se exponen a continuación:

"Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc, en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicos profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

"Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisfacieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

"Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ellos los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficacia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

"Esta, por los demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa.

"Precisamente, en relación con el tema comentado y su consagración en el "Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial" de Argentina, el profesor Augusto M. Morello en su obra "La Prueba Tendencias Modernas", Editorial Platense-Abeledo -Perrot, 1991, páginas 84 y 85 escribe:

"1) En consonancia con las ideas hoy predominantes, se ha desplazado el eje de referencia hacia el consumidor jurídico -quien es el que recaba la tutela jurisdiccional- más que colocarlo en el vértice del operador juez o abogado) del fenómeno litigioso involucrado.

"2) Responde solidariamente a la más conveniente función razonablemente posible, del lado del consumidor e, igualmente, del lado del profesional accionado, con los concurrentes beneficios para el órganos destinatario de la prueba.

"Si como con acierto se ha puntualizado, en principio y como regla, no es otro que el médico y no el enfermo el que mejor conoce "cuál fue la situación al comienzo de la atención, qué terapia era la más conveniente de acuerdo con el diagnóstico, qué dificultades se presentaron, con qué medios técnicos disponían, cuáles fueron las causas probables de la frustración, qué rol le cupo a la entidad sanatorial", la norma insinuada recoge esa evidencia de la situación real para reglamentarla en la asignación de un deber de cooperación carga) que no significa, de por sí, atribuir culpa en el obrar del médico en el caso.

"3) Las anteriores se enlazan, así mismo, con la incidencia económica que tanto CALABRESI, como ALPA en su contexto más global y reparando en la dimensión social que lleva hoy la mayoría de los fenómenos jurídicos, advierten con claridad.....".

"Como se observa, la nueva jurisprudencia, que implica un trascendental avance en este campo consagra en forma más técnica la noción de la falla presunta. Y aunque esta especie del genero falla del servicio se asemeja en cierta forma a la noción que se ha venido aplicando como tal con esa misma denominación (en los eventos de lesiones o muertes causadas por armas de dotación oficial o por vehículos automotores o líneas de conducción de energía) estima la sala que debe hacer algunas precisiones, porque entre una y otra existen matices diferenciales. Así:

"Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino solo el daño antijurídico (artículo 90 de la C.N), produciéndose así más que una presunción de falta, una de responsabilidad.

"Esta distinción permite entender que en los casos de falla presunta dicha presunción, por admitir prueba en contrario, permite a la parte que se le atribuye el daño demostrar la diligencia y cuidado en su actuación, es decir, que actuó dentro de los cánones de la mayor eficiencia posible, sin culpa. En otros términos, cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue

organizada sobre la noción de falla o falta del servicio como en el evento de la falla del servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume.

"En cambio, cuando se habla de la responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de la falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, también exclusivo y determinado. Y por eso mismo se entiende que en estos casos no se pueda exonerar la administración demostrando la diligencia y cuidado. En otras palabras, estos eventos encuentran ahora en el derecho colombiano respaldo inequívoco en el artículo 90 de la Constitución.

"La exoneración de carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar, en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.

"En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará avante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente. En cambio, en los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial, o sea el daño y la relación causal; quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado.

"Se justifica esa diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades o casos peligrosas, porque si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio.

"En cambio, cuando la responsabilidad que presume por el ejercicio o la utilización de cosas peligrosas o que en sí mismas representan un gran riesgo para los demás, como sucede, por ejemplo, con la utilización de vehículos automotores, armas oficiales de dotación, redes de conducción de energía etc. etc, el

que las utiliza o ejerce para provecho o beneficio suyo le impone a los demás una carga excepcional que no tienen porqué soportar y si los daña debe resarcirlos (restablecimiento que se impone como una solución de equidad). De allí que en estos eventos se mire más al daño antijurídico producido que a la irregularidad o no de la conducta oficial. Se aplica a estas situaciones el principio constitucional de la igualdad (art. 13 de la Carta), cuyo rompimiento da lugar a la responsabilidad por esa clase de daño, sea lícita o no la actividad cumplida por el ente público".

Aplicando la anterior filosofía, el caso en comento, se tiene que en la atención médica que el I.S.S. prestó al paciente señor HENRY VILLEGAS, se aprecian fallas que permiten concluir que el centro de imputación jurídica demandado no actuó dentro de los cánones de la mayor eficiencia posible. A esta conclusión se llega después de valorar el universo que tienen los testimonios rendidos dentro del proceso por los profesionales de la medicina Dres. ARTURO PINEDA GIRALDO, LUIS JAVIER VILLEGAS ARBELAEZ Y JOSE GUZMAN VELEZ, quienes en distintos momentos en el tiempo físico atendieron al enfermo. El primero destaca cómo lo razonable era haberlo dejado HOSPITALIZADO, determinación que no se tomó. Por ello el mal hizo crisis, hasta llegar al estado de gravedad. El citado profesional destaca así la circunstancia:

"El médico tiene la obligación de estarlo observando porque estos síntomas son muy dicientes de que la persona está haciendo una infección y una infección grave y si ésta infección continúa de todas maneras habrá que hacerle una intervención quirúrgica. Ahora el médico tratante tiene otros medios de los cuales se puede valer para hacer un diagnóstico mejor como son exámenes de laboratorio, hemogramas o ecografías o en último caso un Tac. **en este caso ya la situación era bastante grave** cuando yo lo vi y ya tenía todas las manifestaciones de un abdómen agudo....."

En este momento del discurso cabe preguntar: Cuál la causa, motivo o razón para no haber dejado HOSPITALIZADO al enfermo? Acaso la primer intervención quirúrgica que se le hizo no fue delicada? El Dr. Luis Javier Villegas Arbeláez, destaca en su testimonio cómo la peritonitis sufrida por el enfermo "....tuvo su origen en el cierre parcial de colostomía...". Que le practicaron en el Seguro Social, para a renglón seguido poner de presente cómo en tales circunstancias se impone un cuidado "....periódico y **SEGUIMIENTO DE ESTOS PACIENTES YA QUE LAS COLOSTOMIAS CON RELATIVA FRECUENCIA OCASIONAN ESTOS CUADROS**....." Luego el deponente es interrogado dentro del siguiente marco:

"Díganos si con posterioridad al cierre de colostomía practicado en el Seguro Social era evidente que Henry estaba incubando una peritonitis? CONTESTO: **Evidentemente. El paciente fue intervenido quirúrgicamente en forma particular por la peritonitis. Dolor abdominal intenso, vómito, fiebre, insufacia aguda, pérdida del estado general, deshidratación y a la palpación un abdómen defendido**.....El paciente fue evaluado a nivel del seguro **Y SE LE**

MANDO NUEVAMENTE A LA CASA CON EXAMENES DE LABORATORIO Y CON ANALGESICOS.....EL PACIENTE DEBIO HABER SIDO HOSPITALIZACION NUEVAMENTE PARA HABER SIDO MANEJADO EN ESA INSTITUCION, NO A NIVEL AMBULATORIO.....". (Subrayas de la Sala).

Finalmente, el Dr. MIGUEL GUZMAN VELEZ, médico especialista en cirugía general, expone:

> "Este paciente fue remitido a mí por el Dr. Pineda, que fue mi profesor, él le había consultado al Dr. Pineda por un cuadro de Peritonitis, ocasionado por el cierre de colostomía ya dicho, según me contaron sus familiares y el Dr. Pineda el paciente había ido varias veces al consultorio del ISS y lo habían atendido pero no le había diagnosticado su enfermedad y como dice la gente no le habían parado bolas y como él se sintió más grave, enfermo y deteriorado, resolvió acudir a donde el Dr. Pineda, médico particular, como me dijo él "para no morirse en la casa", y en realidad encontré al paciente tóxico, muy deteriorado y grave. PREGUNTADO: Cuando usted observó por primera vez al paciente, se detectaba fácilmente que sufría peritonitis o cómo hizo usted para llegar a esta conclusión. RESPONDE: Clínicamente era muy obvio y lo complementamos con examenes de ecografía rayos X. PREGUNTADO: Díganos si el paciente Henry Villegas o la madre de éste, le hicieron comentario sobre el tratamiento que le prodigaron en el ISS en razón de la peritonitis. RESPONDE: El comentario que ellos hicieron fue el que ya anoté, de que se estaba muriendo y que no le paraban bolas, pero siempre me dijeron que cuando lo llevaban lo atendían, no le habían diagnosticado, pero si lo atendían. Los médicos se equivocaron."....
>
> "PREGUNTADO: Cómo se debió haber tratado este paciente después del cierre de colostomía y de acuerdo a las manifestaciones que presentó RESPONDE: El ideal hubiese sido cierre de colostomía, evaluación cercana en el postoperatorio inmediato (y constante), aparece una complicación que es usual y pude suceder inmediatamente evaluación y reintervención para volver a hacer la colostomía, volver a iniciar un proceso de recuperación y una vez concluido esta intervención repetir el cierre, mientras más precozmente se haga esto menos riesgo tiene el paciente como es obvio.". (fl. 91-94 Cdno. 1).

Dentro del marco probatorio anterior es fácil para el ***ad-quem*** concluir que al paciente no se le trató con diligencia y cuidado, no habiendo hecho nada el demandado, esto, es, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES para demostrar lo contrario. Al paciente no se le HOSPITALIZO para hacer un seguimiento a la evolución de su estado de salud, no se le hizo un diagnóstico rápido, con examenes de laboratorio, ecografías, etc. Se olvidó que las colostomías suelen desencadenar el cuadro que mostró el enfermo, y todo se manejó con conducta negligente, desganada. No es de recibo que en casos como el que se analiza se limite el centro de atención médica, a través de sus profesionales, a enviar al afiliado a la casa para que se le trate con

analgésicos. Tampoco que se le ordenen exámenes de laboratorio para que se hagan a los quince o veinte días cuando el mal ya ha hecho crisis. La deponente OLIVA GOMEZ GIRALDO afirma que la familia del enfermo lo llevaba ".....casi a diario o frecuentemente al Seguro, el Seguro le mandaba - practicar examenes **los cuales eran muy demorados para practicárselos**...." (C 1, fol. 47). En el mismo sentido declaró ANA ELI ARANGO ESCOBAR, quien destacó: ".....me tocaba muchas veces como vecina amanecer con él, salir con él, lo llevábamos muchas veces al Hospital de Rionegro, al de aquí y amanecíamos muchas veces con él en la casa, ir con él al seguro a Medellín cuando estaba tan grave que lo llevaron al Seguro y **allá en medio de su gravedad, le mandaron UNOS EXAMENES PARA LOS QUINCE DIAS**...." (c 1, fol 81 vto). Aquí se vuelve a preguntar la Sala: Se podrá bendecir la conducta de los profesionales de la medicina, y de los centros de atención hospitalaria, que en forma tan INDOLENTE, por decir lo menos, tratan a sus pacientes? La angustia y dolores que genera la enfermedad podrán recibir ese trato dilatorio en el tiempo físico?. Mientras se practican unos examenes, a los quince días qué se hace por la salud del enfermo? Tendrá que dedicarse éste a indagar por el sentido de la vida, o a aceptar su destino y a cargar con su cruz?. Se le insinuará entonces que, mientras se practican los exámenes clínicos, se dediquen a enfrentarse con su sufrimiento?. Se podrá ocupar el enfermo a la lectura de los SALMOS, para que vivencie con su lectura que DIOS conserva todas nuestras lágrimas?. No. El que necesita que su cuerpo sea tratado, sanado, no puede dedicarse a calistenias filosóficas. Cuando se pagan las cuotas de afiliación al Seguro Social se aspira a una atención oportuna y buena. Igualmente, a que la persona sea tratada como tal, y no como un número, que ocupa también una pieza con número y a la cual se le envía al laboratorio clínico también con número. La deshumanización en la atención médica lleva a ver a los enfermos como EXISTENCIAS DESNUDAS, para utilizar la terminología de VICTOR E. FRANKL. Eso es contrario a la dignidad de la persona humana, y lleva a la magistratura a definir, casos como el presente, con todo el rigor que la ley y también la equidad demandan.

A la luz de todo lo que se deja expuesto, el *ad-quem* dá por bien probada la falla del servicio.

B) El apoderado del Instituto de Seguros Sociales, en su alegato ante el *ad-quem*, se queja de la INSEGURIDAD EN EL CAMPO PROCESAL Y PERO AUN EN EL PROBATORIO, para concluir diciendo que: ".....resultan más bien nebulosos algunos cambios de doctrina, como el contenido en Sentencia del Consejo de Estado-Sección III- de octubre 24/90 Expediente 5902 (LEGIS -1991, PAG. 42) donde se intenta apuntalar institutos jurídicos aptos para el siglo XXI interpretando normas civiles creadas en el Siglo XIX". A quien así discurre se le recuerda que la tarea de interpretación del juez no puede ser siempre la de aplicar en forma fría automática la ley, que en más de una ocasión puede realizar la injusticia, sino la de examinar todas las circunstancias del caso, para poner en marcha el valor justicia. Por ello recuerda el Profesor RAUL CARRANCA Y RIVAS que: "Quizás el mejor camino para sentir la Justicia sea la ira, la indignación que causa en nosotros la injusticia. La sensación de repugnancia es incluso propedéutica.....La historia de la injusticia, por más

desgarradora, es un anticipo de la revelación de la Justicia. Ya sé que exaltar algo es un buen camino para conocerlo; mas no lo es también el señalamiento de lo opuesto?.....Pero si no es el caso, tal vez sea preferible señalar lo que se opone al ideal; con el objeto de que éste se pueda percibir, sentir. **Frente a la enfermedad sentimos la imperiosa necesidad de la salud, frente a la fealdad la de la belleza, frente al mal la del bien y frente a la INJUSTICIA LA DE LA JUSTICIA.....**" (El Arte del Derecho. Editorial Porrúa. 1987, pags. 36 y ss.ss).

Dentro del marco filosófico anterior se impone concluír que si para defender la dignidad de la persona humana se hace necesario hacerle decir a la ley lo que el legislador ni siquiera soñó, puede estarse a ello. Lo que no resulta de recibo es que so pretexto del manejo de hipótesis normativas, ora de orden sustancial o procedimental, se invite a patrocinar la desidia, la negligencia y, por ende, la falla del servicio en la prestación de la atención médica.

C) Llama la atención de la Sala el énfasis que el apoderado del Instituto de Seguros Sociales pone, y con razón, en materia de carga probatoria. Infortunadamente el mandatario inicial del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, Dra. MARIA FATIMA ESCALANTE ARBELAEZ, no contestó la demanda, no propuso excepciones, no pidió pruebas, no intervino en la práctica de las que solicitó el demandante, y, por lo mismo, dejó pasar la oportunidad para contrainterrogar a los distinguidos profesionales de la medicina que depusieron dentro del proceso. No cuestionó el dictamen médico rendido por el médico laboral al servicio de la División Departamental de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no alegó de conclusión en la primera instancia, no apeló la sentencia. Esta realidad explica que el nuevo mandatario judicial del centro de imputación jurídica demandado hubiese tenido que acudir al expediente de LA APELACION ADHESIVA, pues cuando se hizo cargo del negocio, todo estaba oleado y sacramentado. Esta orfandad probatoria lleva al sentenciador a recordar las enseñanzas del Profesor Eduardo J. Couture, cuando afirma:

"La ley distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria. Textos expresos señalan al actor y al demandado las circunstancias que han de probar, teniendo en consideración sus diversas proposiciones formuladas en el juicio.

"Pero en segundo término, **casi siempre en forma implícita porque no abundan los textos expresos que lo afirmen, la ley crea al litigante la situación embarazosa** de no creer sus afirmaciones, en caso de no ser probadas. El litigante puede desprenderse de esa peligrosa suposición si demuestra la verdad de aquéllas.

"La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala. Y esto no crea, evidentemente, un derecho del adversario, sino una situación jurídica personal atinente a cada par-

te; el gravamen de no prestar creencia a las afirmaciones que era menester probar y no se probaron. Como en el antiguo dístico, es lo mismo no probar que no existir". (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera edición (póstuma) Reimpresión inalterada. Ediciones DEPALMA Buenos Aires, pag. 242). (Subrayas de la Sala).

Finalmente, la Sala precisa que habría sido de real interés que, los médicos al servicio del Seguro Social, que atendieron al enfermo, hubiesen entrado en escena dentro del proceso, pues con sus luces se habría podido hacer una confrontación de tesis y antítesis para darle, seguramente, más fuerza de convicción al presente fallo. Si ese debate no se dió, la falla es del mandatario judicial del demandado que fue negligente en el cumplimiento de sus deberes profesionales. Por ello se ordenará que se envíe copia de esta sentencia al Congreso Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para todos los fines indicados en la ley.

D) Los demandantes demostraron estar legitimados por activa. Por lo que hace relación con la condena por perjuicios morales, en favor del HENRY VILLEGAS, por quinientos (500) gramos de oro fino, la Sala la patrocina. Igualmente la que se hizo en favor de los padres LEONOR GIRALDO CASTAÑO y JORGE HORACIO VILLEGAS, pero la elevará a doscientos (200) gramos de oro fino para cada uno, pues en el caso en comento es incuestionable que la mala atención médica, prestada al hijo, los angustió en grado sumo. La simple circunstancia de que hubiesen tenido que tomar dinero a interés, dado su estado de pobreza, para atender a la salud del hijo, es circunstancia que el fallador valora en el universo que tiene.

Por lo que hace a la negativa del tribunal a reconocer perjuicios morales a los hermanos, el ***ad-quem*** respeta el prudente arbitrio con que el ***a-quo*** definió el asunto pues no vivencia circunstancia alguna que lo lleve a concluir que la decisión no está acorde con lógica de lo razonable. Por ello se confirma esa decisión. También la que hizo por perjuicios materiales, pues se acreditó en legal forma el daño emergente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE los numerales primero (1o.); segundo (2o) y cuarto (4o.) de la sentencia calendada el día veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones dadas en los considerandos de este fallo;

SEGUNDO: REVOCASE el numeral tercero 3o.) del mismo fallo, el cual quedará así:

3o.- CONDENESE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar en favor de HENRY VILLEGAS, el valor en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino, por concepto de perjuicios morales. CONDÉNASELE, igualmente a pagar en favor de LEONOR GIRALDO CASTAÑO Y JORGE HORACIO VILLEGAS POSADA padres), la cantidad de doscientos 200) gramos de oro fino para cada uno. Las cantidades de oro ya indicadas se deberán cubrir con el precio nacional del oro vigente en el momento de quedar ejecutoriada la sentencia, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

TERCERO: A esta sentencia se le deberá dar cumplimiento en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del C. Contencioso Administrativo. Para tal fin se expedirán las copias correspondientes, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

CUARTO: Envíese copia de esta sentencia al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para los fines indicados en los considerandos de este fallo;

QUINTO: Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

NOTA DE RELATORIA: Se reitera además, lo dicho en sentencia de 24 de agosto de 1992, Exp. 6754, Actor: Henry Enrique Saltarín Monroy, Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO y 26 de marzo de 1992, Exp. 6654, Actor: Fabiola Ariza de L. Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, acerca de la falla presunta del servicio médico.

FALLA DEL SERVICIO DE EDUCACION/OBLIGACION DE RESULTADO

La causa de la muerte del joven estudiante fué el descuido de las personas encargadas de regentar dicho plantel. El descuido es ostensible, por partida doble; primero porque, en tratándose de un sitio que debe albergar adolescentes inquietos por naturaleza, necesitados por la propia exigencia del crecimiento y desarrollo de su cuerpo de una actividad física desbordante, lo indicado es disminuir, hasta donde sea posible, la peligrosidad que puedan revestir las instituciones escolares. Las directivas de los colegios y, en general las personas encargadas de su guarda, adquieren con los padres una obligación de resultado respecto de sus pupilos para cuya custodia deben utilizar el máximo cuidado posible como lo exige su condición.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Santafé de Bogotá, D.C., Diciembre once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Consejero Ponente: *Dr. Juan deDios Montes Hernández.*

Ref.: Expediente No. 7635 Actor: MIGUEL IGNACIO GOMEZ ESPINDOLA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, consulta el fallo que profirió en Mayo 21 de 1992 en virtud del cual adoptó las siguientes decisiones:

"1o. Declárase administrativamente responsable a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, por los Perjuicios ocasionados con la muerte del menor Javier Gómez Lizarazo, en hechos ocurridos en el Colegio Nacional de Bachillerato Sergio Arboleda de Santafé de Bogotá.

"2o. Condénasele a pagar por perjuicios morales el equivalente a un mil gramos oro, para Miguel Ignacio Gómez Espíndola y Blanca Lizarazo de Gómez,

y quinientos gramos oro para cada uno de los menores Nancy Emilia y Francy Gómez Lizarazo según el precio que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"3o. Condénasele a pagar por perjuicios materiales la suma de veinte mil pesos mcte.

"4o. Las cantidades dadas en pesos se actualizarán al índice de precios al cosumidor vigente a la fecha de los hechos.

"5o. Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"6o. Si no fuere apelada esta sentencia consúltese con el H. Consejo de Estado.

"7o. Sin costas.

"8o. Deniéganse las demás súplicas de la demanda. (Fl. 71-72, C.1)

ANTECEDENTES

El 17 de Octubre de 1989, Miguel Ignacio Gómez Espíndola, Blanca Inés Gómez Lizarazo de Gómez, y las menores por ellos representadas Nancy Emilia y Francy Gómez Lizarazo, representaron demanda de Reparación Directa contra la Nación Ministerio de Educación Nacional cuyo objetivo se relacionó en las siguientes pretensiones:

"PRIMERA.- El Ministerio de Educación Nacional, es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los señores MIGUEL IGNACIO GOMEZ ESPINDOLA, BLANCA INES LIZARAZO DE GOMEZ y a sus menores hijos NANCY EMILIA Y FRANCY GOMEZ LIZARAZO, por falla o falta del servicio o de la Administración que conllevó a la muerte del señor JAVIER GOMEZ LIZARAZO.

"SEGUNDA.- Condenar, en consecuencia, a la Nación Colombiana-Ministerio de Educación Nacional, como reparación del daño ocasionado, a pagar a los actores y/o a quien sus derechos represente legalmente, los perjuicios de orden material y moral (objetivados y subjetivos, actuales y futuros), los cuales se estiman en veinte millones de pesos ($20.000.oo) aproximadamente, o conforme a lo que resulte probado dentro del proceso, o en su defecto, en forma genérica.

"TERCERA.- La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., y, se reconocerán los intereses legales

desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se le de cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso.

"CUARTA.- La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del Decreto 01 de enero 2 de 1984.-

Los hechos que fundamentan la acción se resumen:

"2o. El menor JAVIER GOMEZ LIZARAZO, estaba matriculado y cursando en el año de 1987 séptimo grado de bachillerato en el Colegio Nacional de Bachillerato "SERGIO ARBOLEDA", ubicado en la calle 39 Nro. 47-35 Sur, de esta ciudad; Instituto dependiente del Ministerio de Educación Nacional.

"3o. El 6 de noviembre de 1987, el menor JAVIER GOMEZ LIZARAZO asistió a clases en el citado plantel y en perfectas condiciones de salud. Al corresponderle clases de inglés o español, a las 9 A.M., a cargo de la profesora de la materia, varios alumnos aproximadamente unos 15 por llegar retardados después del recreo correspondiente, no se le permitió el ingreso al aula, entre ellos al menor JAVIER GOMEZ LIZARAZO para escuchar y atender la citada materia, por lo que se devolvieron por el pasillo y bajando las escaleras se resbaló el menor JAVIER GOMEZ LIZARAZO ocasionándose un fuerte golpe en la cabeza. Es de manifestar que el pasillo y las escaleras del colegio según testimonios, ese día había sido "trapeado" o encerado con A.C.P.M.

"4o. Ante la ocurrencia del accidente del menor GOMEZ LIZARAZO, los compañeros que estaban cerca de él, los menores FANNY PAOLA DELGADO Y FELIX ORLANDO CUERVO CUERVO lo trasladaron inmediatamente a la enfermería del Plantel, donde la enfermera de ese día le manifestó que eso era un simple golpe, sin que se le hubiese prestado al accidentado los auxilios requeridos.

"5o. Al terminar la clase relatada en el numeral anterior, el menor JAVIER GOMEZ LIZARAZO y demás compañeros, ingresaron al aula para escuchar la clase siguiente. En este transcurso, el menor accidentado se encontraba en malas condiciones de salud: adormitado y pálido, por el que los compañeros de estudio entre otros, FANNY PAOLA MERCADO DELGADO, CARLOS ANDRES PEREZ Y FELIX ORLANDO CUERVO lo llevaron nuevamente a la Enfermería y la enfermera le suministró una pastilla para el dolor, manifestando que no tenía nada, que lo que quería el menor accidentado era irse para la casa por la "sicosis del golpe", sin preocuparse en auscultar físicamente al menor por los síntomas que experimentaba, como los de revisarlo, tomarle la tensión, averiguar más sobre el golpe, intuir sobre las posibles consecuencias y mucho menos mostrar preocupación real por el caso que era lo apropiado y disponer de las medidas pertinentes de traslado urgente a un Centro Hospitalario, como lo amerita y requería la gravedad del golpe o lesión.

"6o. Ante la ausencia de las medidas que debieron tomarse por parte de la enfermera del Plantel, el menor JAVIER GOMEZ LIZARAZO se trasladó

junto con sus compañeros al Prefecto de Disciplina a quien le comentaron lo sucedido y la única medida fué la de darle permiso para irse a la casa, sin preocuparse tampoco del accidente ocurrido y de las condiciones y estado de salud del menor, como obligación de quien en esos momentos debían, cuidar, velar y vigilar, etc., por el conglomerado estudiantil.

"7o. Una vez llegó el niño JAVIER GOMEZ LIZARAZO a su casa de habitación, aproximadamente a las 11:45 del día 6 de noviembre de 1987, fué trasladado a la Farmacia del lugar de la residencia, donde dispusieron allí, si lo intuyeron, la remisión inmediata a un Centro Hospitalario, estando primeramente en el Hospital Kennedy, donde después fué trasladado a la Clínica de la Policía Nacional, donde falleció a las 0:45 horas del día 7 de noviembre de 1987.

"8o. Quince horas y 45 minutos después de los hechos a que venimos refiriéndonos; o sea para las 0:45 horas del día siete (7) de noviembre de 1987, falleció el menor JAVIER GOMEZ LIZARAZO, como consecuencia de las lesiones sufridas en el accidente. La causa de la muerte al tenor del dictamen médico fue: Herniación Cerebral y Cerebrosa".

"9o. Los tópicos y aspectos relatados nos señalan que no sucedió algo sobrenatural, o irresistible e imprevisible ubicable en fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima, sino al contrario hubo negligencia o descuido; hubo una conducta omisiva que desconoció y violó una obligación de actuar, incumplimiento de un deber que la enfermera y profesores debían observar, falta de previsibilidad de lo previsible.

"10.- Siendo más explícito, el hecho ocurrió por falta o falla de la Administración". (fl. 4-5 C. 1).

La demanda fué admitida por auto de 5 de Diciembre de 1989, el cual se notificó a la entidad demandada por intermedio de su Jefe de Oficina jurídica (fol. 24), quien presentó el poder para actuar sin contestar la demanda.

Vencido el plazo probatorio se dió el traslado de rigor a las partes y al fiscal para que se presentasen sus alegatos; del cual sólo hizo uso de la entidad demandada oponiéndose a una sentencia condenatoria argumentando entre otras, estas razones:

"Cuando el hecho de la víctima es único y determinante en el resultado el nexo de causalidad se rompe, es decir, que la imputación física del resultado se hizo mal, ya que no fué aquel el causante sino la propia víctima".

"En ese caso no surge responsabilidad civil y el indebidamente imputado o demandado se libera de la obligación de indemnizar, ...(fl. 61 C. 1).

Consideró así el apoderado de la demanda que en este existe una causal de exoneración de la responsabilidad patrimonial del Estado por cuanto hay culpa exclusiva de la víctima. Su argumento lo apoya en los testimonios de Felix Orlando Cuervo, Fanny Paola Mercado Delgado y Carlos Andrés Pérez Pulido. (fol. 40, 42 y 44).

4. El Tribunal al decidir, razonó en términos que se pueden resumir así:

"Se probó que Javier Gómez Lizarazo era estudiante del multicitado plantel, el 6 de noviembre de 1987, estando matriculado en séptimo grado para aquel año escolar, con el documento público firmado por el rector y la secretaria del establecimiento, que aparece a folios 16 del cuaderno 1.

"Se probó que Javier Gómez Lizarazo, falleció el 6 de noviembre de 1987, con el registro correspondiente, expedido por el Notario Veintisiete de Bogotá y que aparece a folio 12 del Cuaderno 1. y con la certificación expedida por el director del Instituto de Medicina Legal, visto el protocolo 4352-87 según aparece a folios 19.

"Está probado que el hijo y hermano de los demandantes murió en la fecha citada, por un golpe sufrido mientras bajaba las escaleras entre los pisos de la construcción, a consecuencias de las condiciones de las mismas, que habían sido brilladas con material lubricante, según lo narran los testigos Felix Orlando Cuervo, folios 40 a 42, Fanny Paola Mercado, folio 43 y Carlos Andrés Pérez, folio 44 y 45; y lo corroboran los documentos públicos, firmados por el Instituto de Medicina Legal, folios 49 a 54, y por el jefe de Bio-estadística del Hospital de la Policía Nacional (folio 55).

"Los testigos citados no solo refieren la caída del estudiante, su trauma, sino que indican como compañeros, las condiciones en que se hallaba el piso y las circunstancias en que ocurrieron los hechos siendo su dicho responsivo, exacto y concreto.

"Agregan además como trasladaron a su compañero a la enfermería del plantel, para que lo atendieran, donde le suministraron un sedante insuficiente para atender el trauma encefálico sufrido por el estudiante.

"Por su parte los documentos ya signados nos demuestran que Javier Gómez Lizarazo, murió el 7 de noviembre de 1987, por edema cerebral y por herniación de los cerebelos y el hipocampo, a consecuencia de una contusión (folio 50, 51 y 55).

"Para la Sala es claro que la causa eficiente del hecho generador de la muerte del estudiante fué, de acuerdo con lo relatado por las personas mencionadas, el haber rociado las escaleras del plantel con a.c.p.m.

"Esta actividad de la administración, resulta ser violatoria de las obligaciones y cuidado que ella tiene, con los planteles educativos nacionales atendida la condición de menores de los estudiantes, a quienes no se les puede exigir un cuidado similar al de personas adultas.

"Falla que se vió agravada por el poco cuidado prestado al estudiante accidentado, por parte de la enfermera del plantel, quien según lo narran los testigos, se limitó a suministrarle un sedante". (Fl. 68-70 C.1).

5. Durante el trámite de la consulta, se corrieron los términos de alegatos sin que interviniesen las partes o el Fiscal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. Está probado en el proceso que MIGUEL IGNACIO GOMEZ ESPINDOLA y BLANCA INES LIZARAZO, contrajeron matrimonio el 24 de noviembre de 1973 y que en él procrearon a JAVIER GOMEZ LIZARAZO (agosto 12 de 1974), y a Nancy Emilia (Enero 11 de 1977) y Francy Gómez Lizarazo (Febrero 17 de 1981), hermanos sobrevivientes; por consiguiente, la legitimación en la causa de los demandantes no se discute.

B. Además están probados los hechos siguientes:

1. Que JAVIER GOMEZ LIZARAZO, el 6 de noviembre de 1987 estaba matriculado y asistía al Colegio SERGIO ARBOLEDA; certificación expedida por el rector del plantel (fl. 16).

2. Que el menor JAVIER GOMEZ LIZARAZO, murió el 7 de noviembre de 1987, a causa de "HERNIA CEREBRAL Y CEREBELOSA SECUNDARIA A EDEMA CEREBRAL PRODUCIDA POR EMATOMA EPIDURAL A CONSECUENCIA DE TRAUMA CRANEANO CONTUNDENTE.", según consta en el certificado de necropsia otorgado por el Instituto de Medicina Legal del Hospital Central Policía Nacional (fl. 50 y 51).

3. Que el trauma cerebral, fué ocasionado por la caída que sufrió el menor en el establecimiento donde cursaba sus estudios el día anterior a su muerte. Esta circunstancia se verifica con la concordancia entre los testimonios de FELIX ORLANDO CUERVO CUERVO (fl. 41), y FANNY PAOLA MERCADO DELGADO (fl. 42 del expediente).

4. Con los mismos testimonios se probó que en dicho plantel educativo el piso era limpiado con A.C.P.M. (fl. 41, y 42).

5. Que el día en que ocurrió el accidente las directivas del plantel prestaron poca atención al mismo; de tal manera que el menor no fué enviado a una institución

médica para que se le hiciera un diagnóstico adecuado testimonios visibles a fols. 40, 41, 42, y 44).

En estas circunstancias la Sala considera acertada la decisión del Tribunal al deducir responsabilidad patrimonial a la Nación ocasionados a los demandantes; es claro que la causa de la muerte del joven estudiante fue el descuido de las personas encargadas de regentar dicho plantel.

El descuido es ostensible, por partida doble; primero porque, en tratándose de un sitio que debe albergar adolescentes inquietos por naturaleza, necesitados por la propia exigencia del crecimiento y desarrollo de su cuerpo de una actividad física desbordante, lo indicado es disminuir, hasta donde sea posible, la peligrosidad que puedan revestir las instituciones escolares.

El caso revela, sin embargo que la conducta fué precisamente la contraria; se incrementó la peligrosidad de las escaleras cuando se hizo su limpieza con A.C.P.M., dejándolas resbaladizas, razón que determinó la caída del estudiante.

La negligencia fué más lejos: luego del accidente, cuando lo normal y lo aconsejable era acudir a un centro hospitalario, que de los exámenes médicos necesarios, indicase el tratamiento a seguir para tranquilidad de todos, la enfermera del plantel se limitó a suministrar un sedante, sin más precauciones, perdiendo varias horas lo cual sin exageraciones permite pensar que el estudiante pudo haber salvado su vida con una atención médica oportuna.

Las directivas de los colegios y, en general las personas encargadas de su guarda, adquieren con los padres una obligación de resultado respecto de sus pupilos para cuya custodia deben utilizar el máximo de cuidado posible como lo exige su condición.

Lo dicho es suficiente para confirmar el fallo consultado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia consultada.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DEL GOES/FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Arma Oficial

Cuando el hecho dañoso se produce con arma de dotación oficial, por el nexo instrumental en la causación del perjuicio, compromete la responsabilidad de la administración, sin que haya necesidad de probar la falla, pues, por el solo elemento instrumental esta se presume. A pesar de que la entidad demandada y la Fiscalía del Tribunal estiman que la acción perpetrada por los miembros del grupo GOES fué en respuesta al ataque recibido por los occisos; del acervo probatorio se advierten circunstancias que contradicen esa afirmación. Lo cierto es que los agentes no dieron aviso de su presencia en el lugar, ni imitaron a sus moradores, o tomaron todas las precauciones o medidas necesarias, para evitar la ocurrencia de la tragedia, teniendo en cuenta que contaron con el tiempo necesario para ello.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santafé de Bogotá D.C., quince de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Juan deDios Montes Hernández.*

REF.: EXPEDIENTE No. 7555 ACTOR: HAROLD RAUL ROSERO POLO Y O.

Resuelve la Sala el grado de consulta de la sentencia que profirió el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 14 de mayo de 1992, por medio del cual adoptó las siguientes determinaciones:

"1°.- Declárase a la Nación, Policía Nacional, responsable de los perjuicios ocasionados a Harold Raul Rosero Polo, Juan Raul y Fernando José Rosero Marta, con la muerte de Cristina Marta de Rosero, ocurrida el 13 de marzo de 1986, en Santafé de Bogotá D. C.

"2°.- Condénase a la demandada pagar (sic) a cada uno de los demandantes la cantidad de un mil gramos (1.000) gramos oro en la fecha de ejecutoria de la sentencia.

"3°.- Condénase a la Nación a pagar a: Harold Raúl Rosero Polo, la suma de un millón seiscientos veinticinco mil novecientos sesenta y tres pesos con ochenta y uno centavos ($1.625.963.81); Juan Raúl Rosero Marta, la suma de trescientos veintiún mil setecientos veintisiete pesos con cuarenta centavos ($321.727.40) mcte.; Fernando José Rosero Martha la suma de cuatro cientos mil trescientos cuarenta y siete pesos con noventa y un centavos ($400.347.91) como perjuicios patrimoniales.

"4°.- Las cantidades dadas en pesos se actualizaran al índice de precios al consumidor vigente a la fecha de los hechos, y hasta la fecha de la ejecutoria.

"5°.- Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"6°.- No hay condena en costas.

"7°.- Si no fuere apelada esta sentencia consúltese con el H. Consejo de Estado" fols. 142 y 143 C. 1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1.- La demanda.- El 9 de marzo de 1988, actuando por medio de apoderado, legalmente constituído y en ejercicio de la acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda en contra de la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, las siguientes personas: HAROLD RAUL ROSERO POLO, obrando en nombre propio y en representación de los menores JUAN RAUL y FERNANDO JOSE ROSERO MARTA solicitaron que la entidad demandada fuera declarada responsable de la totalidad de los daños y perjuicios que les causó la muerte violenta de su esposa y madre CRISTINA MARTHA DE ROSERO, en hechos ocurridos en las horas de la tarde del 13 de marzo de 1986, los cuales fueron protagonizados por efectivos del GOES de la POLICIA NACIONAL.

Consecuencialmente reclaman por perjuicios morales la suma equivalente, en pesos colombianos a 1.000 gramos de oro fino, para cada uno de ellos; por perjuicios materiales directos o daño emergente, las costas del proceso, más el valor de los cuidados y atención que recibían de la occisa desde la fecha del infortunio hasta la fecha de pago, conjuntamente con sus intereses y por su valor actualizado. Para el Maestro Rosero, además el valor de los daños que recibió durante el operativo policial resultantes del saqueo de su apartamento, del bloqueo económico y de la pérdida de clientela y de trabajo consiguiente al insuceso, debidamente actualizado en su valor; a falta de bases concretas para fijar su monto, subsidiariamente pide establecerlo en la

suma equivalente 4.000 gramos de oro para el Maestro Rosero y dos mil gramos de oro fino, para cada uno de los menores, dándole aplicación a los artículos 8o. de la ley 153 de 1887 y 107 del C. Penal.

Los demandantes, hicieron consistir la causa *petendi* en los siguientes hechos:

"1. En las horas de la tarde del día 13 de marzo de 1986, agentes de la Policía Nacional, GOES, dieron muerte, durante un Operativo de captura -muerto del guerrillero del M-19 ALVARO FAYAD DELGADO, a la señora CRISTINA MARTHA DE ROSERO dentro de su propio apartamento, que saquearon una vez consumado el hecho, la difamaron a ella y a él por medio de la prensa hablada y escrita y detuvieron arbitrariamente, de un día para otro al niño FERNANDO JOSE ROSERO MARTHA.

"El anterior es el resumen de la carta enviada al entonces señor Presidente de la República, doctor BELISARIO BETANCUR CUARTAS por el Mestro (sic) RAUL ROSERO POLO, esposo de doña CRISTINA y padre de FERNANDO JOSE:

"Estimado Señor Presidente:

"'....

"'... Hoy también en carne propia y de que manera nos corresponde a mis hijos y a mi, ser las atribuídas víctimas inocentes de la circunstancias acaecidas el pasado 13 de marzo, cuando fue brutalmente asesinada mi esposa Cristina por parte de subalternos de las Fuerzas del Orden en un espeluznante exceso del uso de las armas quedándome la escasa referencia de los vecinos de mi apartamento y las noticias de prensa las que mencionan la presencia en dicho apartamento del guerrillero Alvaro Fayad en busca de mis servicios como compositor para un himno de su agrupación subversiva. (El Colombiano, Abril 6/86).

"'... Un sinónimo de agentes penetraron a mi apartamento y sin la más mínima consideración humana, ni de las normas del derecho de oír y juzgar, instituyendo en un momento la pena de muerte y aprovechándose de una indefensa mujer en estado de embarazo le dispararon a quemarropa y con cebicia delante de mi hijo Fernando de solo ocho años de edad. No existiendo señor Presidente, cargo alguno contra nosotros distinto al de ser personas de bien, respetuosas de la Democracia y de las Fuerzas Armadas, de la paz, que usted ha defendido tan intensamente, de llevar una carrera artística limpia, de ser un compositor romántico que ni siquiera en ninguna letra de mis tantas canciones menciono absolutamente nada subversivo, de ser mi esposa una mujer revestida de todas las virtudes morales... que bien referencian todas las personas que nos han conocido es claro deducir el exceso y la sevicia puesto que en el apartamento no quedaron signos de combate sino la inocente sangre de mi esposa que recla-

ma justicia a lo humano y divino. Nos han dejado además de la triste pérdida de una esposa y madre en una situación de inculpa maliciosa ante la gente, de una pérdida de los recursos para mi subsistencia puesto que a raíz de la tragedia se me cortaron los vínculos con las empresas y entidades de las que absolutamente dependían mis ingresos. La imagen de mi esposa y la mía las han dejado en el entredicho popular, con una carga de dolor y de pena que toca el fondo de los sentimientos. Nos hemos quedado señor Presidente, en el piso neutro de la interdicción sin el aprecio del país político y económico... solos, a merced de un presente y futuro ubicados en un limbo sin la esperanza ni la pertenencia en la sociedad justa ni en la injusta. Es por eso que acudo a Ud., en lo más íntimo de su sensibilidad humana para que ordene a quien corresponda se investiguen las circunstancias de la muerte de mi esposa y así no sea restituída la imagen limpia y respetable que es la única herencia para nuestros indefensos hijos. Tal actitud que estoy seguro Ud. emprenderá, servirá como magnánimo ejemplo que acallará los ecos de violencia de este atribulado país que clama el de esta guerra que como precio a tomado a tantas víctimas inocentes como a nosotros que por nuestras convicciones tradicionalistas no le hemos dado cabida jamás a la vinculación con grupos guerrilleros.

"Agradeciéndole en nombre de mis hijos Juan Raúl y Fernando José y el del alma de mi esposa, su acción justiciera, me es grato suscribirme.

"`...

"`RAUL ROSERO POLO'.

'Con fecha 22 de mayo de 1986 y de la que le había enviado pocos días antes, el 14 de los mismos mes y año, al doctor CARLOS JIMENEZ GOMEZ:

"`...Quiero reconocer mi gratitud por su serena actitud en el caso mío que como Ud. recordará sucedió el día 13 de marzo pasado cuando, estando en mi apartamento el guerrillero Alvaro Fayad, en la forma más cruel e inhumana las Fuerzas Armadas asesinaron a mi esposa Cristina, mujer de todas las virtudes morales de esposa y madre, sin mediar otra razón de que lo dicho señor Fayad estaba buscándome para realizar un himno de su grupo armado.

"`Las Fuerzas del Orden en un número incalculable... penetraron a mi apartamento, repito, disparando a sangre fría a mi esposa quien, además de estar en embarazo, estaba también acompañada de mi hijo Fernando José de solo ocho años de edad. Sostengo la hipótesis de que fué asesinada a sangre fría puesto que el apartamento no fué violentado, ni se encuentran signos de combate en su interior. Como resultado de esta cruenta lucha entre las Fuerzas del Estado y la guerrilla una mujer tan íntegra como mi esposa es brutalmente asesinada y mis hijos huérfanos quedan con el torturante rencor de que fueron las Fuerzas del Gobierno, a quienes por su edad siempre han magnificado, las mismas que en infames circunstancias arrebatan a su ser más querido y, a mi, como traba-

jador honesto de la música de la que siempre he dependido me dejan con la secuela transformada en sospecha maliciosa de pertenecer a un grupo de guerrilla con los consiguientes agravantes fuera del intenso dolor de la pérdida de mi esposa, la pérdida del aprecio en mi carrera profesional por parte de la gente de cual (sic) dependían mis ingresos. Cabe anotar que los allanadores sustrajeron rapiñosamente gran cantidad de artículos domésticos de valor.

"`Como usted notará mi familia ha queado (sic) en la mitad del abismo porque estamos entre dicho con el país político y económico y no somos parte del país guerrillero. Somos inocentes víctimas de la violencia, siendo que hemos sido amantes de la democracia y de la paz como lo demuestra una carrera artística prolongada que en su desempeño nunca ha habido ni siquiera una canción, ni poema que hable de subversión.

"`Sepa Ud., señor Presidente que solo en Ud. y las personas de bien deposito mi confianza para que se sirva ayudarme a esclarecer públicamente las circunstancias de cómo fué asesinada mi esposa y así mismo restablecer su imagen cristiana porque es que nosotros nunca, señor Procurador hemos pertenecido a ningún grupo político armado. Se lo confieso en honor del alma de mi esposa.

"`Confiado en que prosiga su valiente y recta labor e (sic) personero de esta sociedad en conflicto y me sea atendida esta petición, me suscribo de Ud., señor Procurador,

"`...

"`RAUL ROSERO POLO'.

2. RAUL o HAROLD RAUL ROSERO POLO nació el 20 de abril de 1948; tiene cuarenta años y una vida probable de 38 años más, según la Tabla de Mortalidad del Instituto de Seguros Sociales.

"2.1. El 12 de abril de 1965 contrajo matrimonio con CRISTINA MARTA VARGAS, nacida después que él el 2 de marzo de 1951, y, de la unión nacieron y sobreviven:

"a). JUAN RAUL, el 27 de junio de 1975; cumple 18 años los mismos día y mes del año de 1993, y,

"b). FERNANDO JOSE, el 9 de Noviembre de 1977; cumple 18 años los mismos día y mes de 1995, y,

"c). Doña CRISTINA esperaba un hijo cuando murió.

"3. La Operación de captura - muerto del Jefe Guerrillero ALVARO FAYAD DELGADO:

"A.- Condujo a la muerta inocente de doña CRISTINA MARTA VARGAS y del hijo que esperaba" (fls. 4 a 9 C. 1).

2.- **Trámite de la primera instancia**.- El *A-quo* dió curso a la demanda y notificó el auto admisorio al Ministerio de Defensa y a la Policía Nacional (fls. 27 a 30), los cuales, mediante apoderado constituído para el efecto, pidieron pruebas; estas, conjuntamente con las de la parte actora fueron decretadas con proveído de trece de septiembre de 1988, siendo allegadas de manera regular y oportuna al proceso (fls. 34 a 39).

Vencido el término probatorio las partes presentaron sus alegatos de conclusión, el abogado de la parte demandante sostuvo que con el material probatorio se acreditan los extremos fácticos alegados, por lo tanto que se acceda a las pretensiones aplicando el sistema de falla presunta razón del nexo instrumental. La apoderada de la entidad demandada solicitó se negaran las súplicas de la demanda, pues la falla del servicio no fué demostrada, ni desvirtuada la legitimidad del operativo policial. El Fiscal del Tribunal rindió concepto desfavorable a las peticiones de la demanda, porque la acción se produjo como respuesta al ataque perpetrado por las víctimas.

El Tribunal reflexionó en estos términos:

"Hay en el presente caso los elementos suficientes para concluir que la administración obró de modo impropio, y que la policía nacional obró apresuradamente y en exceso, concluyendo con la muerte de Cristina Marta de Rosero.

"1.- El fallecimiento de la mentada ocurrió el día trece (13) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986), durante un allanamiento cumplido por policías del cuerpo operativo Goes en el apartamento de la carrera 42C No. 22A-30, barrio Quinta Paredes de Bogotá, lugar donde residía habitualmente, junto a su esposa e hijos.

"Cristina Marta Vargas, falleció el 13 de marzo de 1986, porque así lo prueba el registro de defunción expedido por la Notaria trece de Bogotá, folio 542A. Libro 69, Año 1986, (fl. 24 A. Cuad. 1).

"Y el hecho ocurrió en la Carrera 42C No. 22-A-30, apartamento 202, de Bogotá, porque así lo atestiguan Blanca Cecilia Franco Nuñez, (fl. 5 Cuad. 2), Saul Franco Buitrago, (fl. 7 Cuad. 2), Elías Melgarejo (fol. 9 Cuad 2), Siervo García, (folio 11 Cuad. 2), el acta de levantamiento de cadáver, (fol. 26 Cuad. 3), el oficio 672 firmado Ernesto Condia Garzón, Jefe Sijín, Bogotá, dirigido al Comandante de Policía Bogotá de fecha 14 de marzo de 1986 (folio 30 Cdno. 3).

"Que la occiso (sic) fallecida vivía habitualmente en el lugar en compañía de sus hijos y marido lo narran los vecinos del lugar, arriba citados, en afirmaciones que no dejan duda.

"2. El allanamiento a la residencia se hizo, sin dar aviso previo a los moradores, ni ultimar órdenes de rendición, ni verificar la gravedad de lo investigado a pesar de contar con todo el tiempo necesario para adoptar medidas de protección y aseguramiento.

"2.1. Que no hubo aviso, ni cumplimiento de ninguna formalidad lo narran dos testigos presenciales del hecho, en prueba traída en copia de un proceso seguido ante la Procuraduría". (fl. 118 y 119 C. 1).

El *A-quo* relacionó los testimonios de BLANCA CECILIA FRANCO, SIERVO GARCIA PEÑA, SAUL FRANCO, quienes declararon sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos.

Igualmente estima que la Policía tuvo suficiente tiempo para tomar las medidas necesarias que evitaran el desastrozo resultado, porque la operación se inició ocho oras antes de consumarse el hecho; esto lo deduce de las declaraciones de SIERVO GARCIA, JAIRO AUGUSTO BELTRAN CLAVIJO, LUIS IGNACIO SANCHEZ MIRANDA, CLAUDIA PATRICIA VILLAREAL, CESAR ORLANDO CAGUA Y JORGE MARIO QUEVEDO, y concluye:

"2.4. La occisa no murió por acción de algunas de las armas encontradas en el apartamento y que se dice era tenidas por ella y por Alvaro Fayad porque:

"2.4.1. Los proyectiles disparados contra ella corresponden a pistola calibre 9 mm con cañón de ánima de 6 estrías rotación derecha, de 7.oo grs. según lo informa el patólogo Gerardo Parada, del laboratorio de balística del Departamento de Criminalística del Instituto de Medicina Legal (folio 76 cuaderno 3), y las armas y proyectiles encontradas allí no presentan dichas características.

"En efecto, el arma #1 encontrada como de tenencia de los habitantes del bien allanado, es calibre de 9 mm pero el ánima de cañón no tiene estrías, y el arma #3 es de calibre 6.35 mm.

"Ninguno de los proyectiles encontrados en el apartamento, como de posesión de los civiles muertos tiene el peso de las que le causaron la muerte pues ellos son de 12.3 grs., 3.9 gras. y 6.1 gras. (folios 128-132 del cuaderno 3 que corresponden a copias de disciplinario ya anunciado).

"2.4.2. La trayectoria de las balas que le dieron muerte, no corresponden con disparos causados por la propia víctima o por su compañero de suerte.

"2.4.3. Es bueno observar que de acuerdo con el levantamiento de áreas que hizo la Dijín (folio 81 cuad. 3), la bala, que interesó la columna y que la mató instantáneamente, fué proyectada desde abajo, pues así lo indica su trayectoria antero posterior infero posterior, indicándose con ello que fué disparada a corta distancia y a ras de piso, sirviendo para repetir que no lo hizo ella ni Fayad.

"En efecto, este se encuentra en la puerta de entrada a más de cuatro metros de Cristina de Rosero y de espaldas a ella.

"El estudio de las ropas portadas por la occisa enseñan, por los residuos de pólvora, la distancia del disparo; concluyéndose en el caso presente, que fué muy cerca, menos de 0.30 cms. a juzgar por la prueba de Lunge que hizo el Instituto de Medicina Legal (folio 74-3).

"Sin que se pueda concluír que la víctima herida se desplazó pues los proyectiles fueron mortales; generando muerte instantánea y fulminante ya que uno interesó la segunda vértebra cervical (folio 71 cuaderno 3), y el otro la clavícula derecha del corazón y la arteria lobar.

"2.4.4. Los moradores del lugar no encontraron vestigios de disparos o proyectiles hechos desde el apartamento, hacia afuera". (folios 124 y 125 c. 1).

".....

"Aunque un teniente dice haber sido herido en el operativo (folio 143 cuaderno 3) dicha versión en la que se dice que la mujer abrió la puerta y el hombre se hallaba en el el (sic) fondo desde donde disparó, es contraria a la ubicación de los cuerpos encontrados por el juez instructor (folios 20 y ss. cuaderno 3), al plano que la Dijín levantó a que ya se hizo mención y a la propia historia clínica del presunto lesionado donde aparece que fué herido cuatro meses antes (folios 212 y ss. cuaderno 2).

"Si hay imposibilidad de muerte por disparos desde dentro, necesario ocurrió ello, por los hechos desde fuera, que corresponden por exclusión a la Policía Nacional.

"En conclusión del punto, hubo falla en el servicio porque la Policía durante el operativo al no notar las medidas de prevensión, no avisar a los oradores e intiminarles (sic) captura, incurrió en falla del servicio.

"La conducta de la administración generó la muerte de Cristina Marta de Rosero, y este hecho, a su vez, fué razón para que se produjeran graves lesiones patrimoniales y no patrimoniales en el ámbito de la familia Rosero-Marta.

"Harold Raúl Rosero Polo y sus hijos Raúl y Fernando José Rosero Marta sufrieron un traumatismo de orden síquico difícilmente superable al encontrar

que intempestivamente, su esposa y madre, a quien habían dejado los dos primeros acompañada del tercero, aparece baleada, en su propia residencia.

"Dolor agravado si tenemos en cuenta que el lugar donde habitaban esta guardiado por un vigilante, residencial de clase media, localizado en un segundo piso; que doña Cristina se dedicaba a labores del hogar, que tenía 34 años, no sufría enfermedades y aspiraba tener un tercer hijo que ya lleva en su vientre, para el 13 de marzo de 1,986.

"A pesar de todo ello, los demandantes encuentran que su ser amado, esposa y madre, es baleada en la sala comedor de su pequeño apartamento.

"Y por ello se les causa un daño moral subjetivo a los tres" (folios 126 a 128 C. 1).

".....

"Hay relación de causalidad entre el obrar administrativo y el daño moral porque: la conducta juzgada provocó una muerte y ella a su vez generó el trauma psíquico que se advierte el los menores hijos y en el esposo.

"E igual puede predicarse en frente de la privación de la ayuda material que la mentada generaba en favor del marido y de los hijos, con sus labores de hogar.

"Pero no hay lo mismo entre el actuar de la Policía Nacional y el detrimento patrimonial del esposo, porque el surgió, como lo relatan los testigos como consecuencia de la noticia, de la muerte de Alvaro Fayad, dentro del apartamento del demandante, vistas las particulares condiciones que éste tenía y las que motivaron el operativo militar.

"Si a cambio de morir doña Cristina Marta de Rosero, hubiese sido retenida por la Policía, igual zozobra y escándalo, hubiese sobrevenido, con los resultados comprensibles frente a la actividad del compositor, y no precisamente por la conducta de la policía, sino por la condición del jefe subversivo, que el propio actor albergó en su residencia.

"Es por ello, que la indemnización sólo se entenderá a los perjuicios morales y a los materiales derivados de la ausencia de la madre.

"**Liquidación**.

Los perjuicios morales subjetivos se indemnizarán en mil gramos oro para cada uno, a la fecha de la ejecutoria de la sentencia valor certificado por el Banco de la República.

"El valor de los perjuicios materiales se cuantificará tomando:

"a) La edad probable menor de los esposos, porque el sobreviviente solo tiene derecho a ello mientras los dos estén vivos, pues faltando él, desaparecería la posibilidad de recibirlos, y faltando ella no habría a quien exigírselos.

"b) La mayoría de edad de los hijos porque ellos solo tienen derecho mientras sean menores.

"c) El salario mínimo legal vigente para el año de 1986 (en el cual sucedieron los hechos), porque la esposa realizaba un trabajo no remunerado. En dicha fecha era de $16.811.40, de conformidad con el decreto 3754 de 1985. De dicho salario se tiene el 25% como valor destinado a la occisa para su subsistencia personal; y el 75% dirigido al esposo e hijos dividido: 50% para el esposo y el 25% para cada uno de los hijos" (folios 136 y 137 C. 1).

En el trámite de la Consulta presentaron alegatos los apoderados de las partes, la demandante solicita la confirmación de la sentencia consultada porque se estructuró la falla del servicio, a pesar de que el proceso hubiera podido resolverse por el régimen de falla presunta.

La apoderada de la entidad demandada estima que debe revocarse la decisión del Tribunal, por cuanto el operativo fué realizado con las previsiones necesarias y teniendo en cuenta la trayectoria del señor Alvaro Fayad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

LEGITIMACION EN CAUSA POR ACTIVA. Los demandantes acreditaron tener interés jurídico para actuar, el señor HAROLD RAUL ROSERO POLO en calidad de cónyuge sobreviviente, JUAN RAUL y FERNANDO JOSE ROSERO MARTA en su condición de hijos legítimos (fls. 22, 23, 23A, 23B y 24).

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: El caso *sub-exámine* se resolverá por el sistema de falla presunta, por cuanto se dieron todos los elementos que estructuran esta figura.

El 13 de marzo de 1986 y con ocasión de un operativo llevado a cabo por la fuerza pública, cuerpo especial, GOES perteneciente a la Policía Nacional, fué dado de baja el ex-guerrillero del M-19 ALVARO FAYAD DELGADO y la señora CRISTINA MARTA DE ROSERO, previo el allanamiento violento del apartamento de propiedad de la occisa y el demandante ubicado en la Carrera 42-C Número 22 A - 30, Barrio Quinta Paredes de esta ciudad, quienes residían en el lugar junto con sus hijos.

Los hechos que dieron origen a la muerte violenta del ex-Guerrillero Fayad y Cristina Marta Rosero quedaron demostrados con las declaraciones, de Blanca Cecilia Franco, Saúl Franco Buitrago, Elías Melgarejo Sandoval y Siervo García quienes hicieron un relato claro sobre las circunstancias que rodearon los sucesos.

La primera declarante manifestó:

"... Como a las cinco y media de la tarde estaba en el patio de mi apartamento cosiendo y se fué la luz, entonces como mi máquina era eléctrica, deje de coser pero la luz se fué como unos cinco o diez minutos no más no me acuerdo cuanto tiempo. Cuando volvió la luz me senté a coser nuevamente y oí un ruido, yo no supe que era, pensé que era algo metálico que había caído por la escalera y oí un grito de doña Cristina, y entonces me imagine que alguno de los niños había dejado caer algo una bicicleta o algo metálico, entonces abrí la puerta de mi apartamento y me llevé una sorpresa terrible porque vi una cantidad de señores armados contra mi puerta, y no supe quienes eran, inclusive yo creo que ni se dieron cuenta que yo abrí porque ni me miraron". (folio 1 Cdno. 2).

"SIERVO GARCIA PEÑA... y nos dijeron que nos afanáramos que eran del F-2 que venían a un operativo. Entonces en seguida me preguntaron que cuantos bloques tenía el edificio y yo les contesté que un solo bloque, y que cuantos pisos tenía y les conteste que solo tenía cinco pisos, entonces dijeron cierre el portón un momentico y suba y nos enseña el quinto piso y en seguida cuando subí yo al quinto piso entonces me dijo baje y se están en el portón en que estaban pero no vaya a cerrar el portón porque ahora va a entrar solo guardia y no se retire de ahí hasta que nosotros no le ordenemos. Me ordenó el que mandaba allí que en cada puerta del edificio quedaran de a dos. A un poco momento de eso se oían como unos golpes en las puertas y otro poco rato fué cuando se oyeron unos disparos y siguió entrando más señores de civiles y guardia uniformada. Bueno más tarde, siguió llegando gente alrededor entonces un militar bajo y me preguntó que si conocía a esa gente que llegaba allí, entonces yo le contesté que yo no conocía, entonces él les ordenó que se retiraran. Más tarde de la noche, hacia las doce de la noche fué cuando llegó el carro cerrado y lo arrimaron al pie del garage y ordenaron que bajaran los cadáveres, los dos cadáveres, preguntaron que si identificaban a la señora que estaba muerta, entónces llegó don Elías Melgarejo y le ordenaron que se acercara y que identificara a la señora, si era ella o no era ella, y el contestó que si era la señora Cristina la que estaba muerta ..." (fl. 11 Cdno. 2).

Los testimonios de Saúl Franco y Elías Melgarejo Sandoval fueron contestes al afirmar que efectivamente se trataba de un operativo, que todo el sector se encontraba militarizado, el cual se demoró aproximadamente hasta la una de la mañana, y que de estos hechos resultaron muertos el señor ALVARO FAYAD y CRISTINA MARTA DE ROSERO.

El fallecimiento de la señora CRISTINA MARTA DE ROSERO se demostró con el Acta de Registro Civil de Defunción (fol. 24A), el acta de levantamiento del arma de dotación oficial, pistola 9 mm. con cañón de ánima de 6 estrías rotación derecha, de 7.oo gramos.

Cuando el hecho dañoso se produce con arma de dotación oficial, por ser el nexo instrumental en la causación del perjuicio, compromete la responsabilidad de la administración, sin que haya necesidad de probar la falla, pues, por el solo elemento instrumental esta se presume. Sin embargo, para exonerar la responsabilidad a la administración, cuando de falla presunta se trata, la demandada debe probar que el hecho se produjo por fuerza mayor, por el hecho de un tercero o por el hecho exclusivo de la víctima; situación que no presentó en este caso.

A pesar de que la entidad demandada y la Fiscalía del Tribunal estiman que la acción perpetrada por los miembros del grupo GOES fué en respuesta al ataque recibido por los occisos y más concretamente, por la señora CRISTINA MARTA DE ROSERO; del acervo probatorio se advierten circunstancias que contradicen esa afirmación, por ejemplo, las armas que fueron encontradas y además se afirma que estaban en poder de los ocupantes, y la prueba de guantelete de parafina practicada a la occisa no son suficientes, porque, lo cierto es que los agentes no dieron aviso de su presencia en el lugar, ni intimaron a sus moradores, o tomaron todas las precausiones o medidas necesarias, para evitar la ocurrencia de la tragedia, teniendo en cuenta que contaron con el tiempo necesario para ello. Pues de las declaraciones recibidas a SIERVO GARCIA, JAIRO AUGUSTO BELTRAN CLAVIJO, LUIS IGNACIO SANCHEZ MIRANDA, CLAUDIA PATRICIA, VILLARREAL, CESAR ORLANDO CAGUA Y JORGE MARIO QUEVEDO, relacionados también por el A-quo, se hizo énfasis en el hecho que el operativo se inició con ocho horas de antelación, es decir, a partir de las 10 a.m., se observa entonces que no hubo culpa exclusiva de la víctima; más aún cuando ninguno de los proyectiles fué disparado desde adentro hacia afuera, no se encontró vestigio alguno que así lo demostrara, por el contrario los disparos se hicieron a la entrada del apartamento, ocasionando la muerte inmediata de Alvaro Fayad y Cristina Marta de Rosero.

En lo referente al Agente que resultó herido, quedó desvirtuado que fuera por causa de algún disparo que le propinara cualquiera de las víctimas, pues, en el informe de medicina legal se dictaminó que la herida, presentaba características de ser anterior a los sucesos.

En el allanamiento realizado, el hijo del demandante JOSE FERNANDO ROSERO MARTA fué retenido por los mismo agentes, quien al día siguiente fue entregado a su padre por el señor Procurador General de la Nación.

Como el proceso esta en consulta no se hará consideración alguna sobre los objetos que se dice fueron sustraídos por los agentes del Goes en el operativo, y que el Tribunal estimó no haberse demostrado, tampoco en lo que se refiere al perjuicio moral objetivado alegado por el actor, cuando explica que vió disminuída su capacidad laboral y productiva como consecuencia de las circunstancias que rodearon la

muerte de su esposa, puesto, que posteriormente le fueron cancelados contratos con Agencias de Publicidad, producto de las especulaciones de una supuesta vinculación con el entonces grupo armado subversivo, M-19.

Se han demostrado los tres elementos que configuran la responsabilidad de la administración, el hecho dañoso imputable a la entidad demandada, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro, además por el nexo instrumental la falla se presume.

PERJUICIOS MORALES: Existe una presunción judicial cuando se trata de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, como aquella aflicción subjetiva y sicológica que sufren los demandantes, por lo tanto la Sala acoge la decisión del Tribunal y se condenará a la demandada a pagar el equivalente de 1.000 gramos de oro al valor que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno de los demandantes.

PERJUICIOS MATERIALES: Como CRISTINA MARTA DE ROSERO estaba en capacidad de producir, se reconocerá lucro cesante que comprende la indemnización debida y consolidada, contada desde la fecha del insuceso hasta la de la sentencia y la indemnización futura o anticipada a partir de la fecha de la sentencia hasta la edad probable o menor de uno de los cónyuges. en cuanto a los hijos menores hasta cuando cumplan la mayoría de edad, de acuerdo con las tablas de las matemáticas financieras.

Como el Tribunal liquidó perjuicios materiales, se actualizarán dichas sumas de conformidad con lo solicitado en la demanda y en la decisión del fallo consultado, teniendo en cuenta los índices de precios del consumidor certificados por el DANE.

$$VP = Vh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice Inicial}}$$

PARA HAROLD RAUL ROSERO POLO

$$Vp = 1.625.963.01 \frac{260.57}{56.66} = 4.598835157$$

Vp = 1.625.963.01 X 4'598835157

Vp = 1'625.963.01 X 4'598835157

V. $7'477.535.85 (SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS M/C).

PARA JUAN RAUL ROSERO MARTA

$$Vp = 321.727.40 \frac{260.57}{56.66} = 4.598835157$$

Vp = 321.727.40 X 4.598835157

Vp = $1'479.571.27 (UN MILLON CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS CON VEINTISIETE CENTAVOS M/C.)

PARA FERNANDO JOSE ROSERO MARTA

$$Vp = 400.397.91 \frac{260.57}{56.66} = 4.598835157$$

Vp = 400.347.91 X 4.598835157

Vp = $ 1'841.134.44 (UN MILLON OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS M/C).

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

F A L L A

PRIMERO.- MODIFICASE la sentencia consultada. En su lugar quedará así:

SEGUNDO.- DECLARASE responsable patrimonialmente a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, de los perjuicios ocasionados a HAROLD RAUL ROSERO POLO, JUAN RAUL Y FERNANDO JOSE ROSERO MARTA con la muerte de la señora CRISTINA MARTA DE ROSERO en hechos ocurridos el 13 de marzo de 1986.

TERCERO.- CONDENASE a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios morales y en favor de cada uno de los demandantes el equivalente a 1.000 gramos de oro, al valor que certifique el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO.- CONDENASE a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios materiales en favor de:

HAROLD RAUL ROSERO POLO la suma de SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS ($7.477.535.50) M/CTE.

JUAN RAUL ROSERO MARTA la suma de UN MILLON CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS CON VEINTISIETE CENTAVOS ($1'479.571.27) M/CTE.

FERNANDO JOSE ROSERO MARTA la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($1'841.134.44) M/CTE.

QUINTO.- Las sumas así liquidadas por perjuicios morales y materiales devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de ese término..

Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO.- DENIEGANSE las restantes súplicas de la demanda.

SEPTIMO.- EXPIDANSE copias de la sentencia con constancia de su ejecutoria con destino al Ministerio de Defensa - Policía Nacional y a la parte actora.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la providencia anterior fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 1 de Diciembre de 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA- Vehículo Oficial

La falla del servicio presenta dos clases bien diferentes, así: una, la falla del servicio anónima, en la cual no es posible o fácil detectar el funcionario que con su conducta comprometió la responsabilidad del ente al que está adscrito, Para algunos, en ese sentido, la falla es objetiva. Y otra, conocida como la falla del servicio del funcionario, en la que las cosas se facilitan desde el punto de vista probatorio; en esta hipótesis se habla de falla subjetiva. Normalmente, es esta última la que se maneja cuando los daños son causados por la conducta irregular o ilegal de un miembro de las fuerzas armadas; pero no significa esto que cuando falte la identificación del agente la falla del servicio no pueda reconocerse. Se dio en el sub lite la falla del servicio en su modalidad de presunta (más técnicamente de responsabilidad presunta) por la utilización de un vehículo (motocicleta) que mostró el ejercicio de una actividad peligrosa. Falla que no requería la democratización de la culpa del conductor ni el exceso de velocidad, sino solo el daño y la relación causal.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Santafé de Bogotá D.C. Diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y dos 1992)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Ref. Expediente No. 7364.- Indemnizaciones.- Actor: ALIX BUSTAMANTE DE GORDILLO.-

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de febrero 25 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Risaralda, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

En dicho escrito, presentado el 13 de febrero de 1991 la señora Alix Bustamante de Gordillo y otros, expresamente pidieron:

"Declárase a la NACION COLOMBIANA, representada por el señor DIRECTOR DE LA POLICIA NACIONAL, administrativamente responsable de la muerte del señor BERNARDO GORDILLO LOPEZ y por consiguiente de la totalidad de daños y perjuicios ocasionados a ALIX BUSTAMANTE DE GORDILLO (esposa), ALVARO, LUIS ALBERTO, BERNARDO, JOSE FERNANDO Y PATRICIA GORDILLO BUSTAMANTE (hijos).

"Los hechos en los cuales perdió la vida el señor BERNARDO GORDILLO LOPEZ sucedieron el 7 de Marzo de 1989 en la Carrera 8a con calle 12 de Pereira, como consecuencia de un accidente de tránsito protagonizado por un agente de la Policía Nacional, quien se movilizaba en una motocicleta, debidamente uniformado y que huyera del lugar de los acontecimientos.

"Como consecuencia de la anterior declaración, háganse las siguientes condenas:

"1o. **POR PERJUICIOS MORALES.** Condénese a LA NACION COLOMBIANA representada por el señor DIRECTOR GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL a pagar a cada uno de los demandantes o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo, los daños y perjuicios morales ocasionados con la muerte de su esposo y padre el señor BERNARDO GORDILLO LOPEZ, acontecida en las circunstancias ya determinadas en este escrito de demanda.

"Se reclaman para cada uno de los demandantes el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos oro fino, al precio que se encuentre el metal en la fecha que se ejecutorie la sentencia y de conformidad con la certificación que en tal sentido expida el Banco de la República (Art. 106 del Código Penal).

"2o. **POR INTERESES**. Condénase a pagar a cada uno de los actores o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo los intereses que se causen desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

"Con fundamento en lo dispuesto en el Art. 1653 del C.C. todo pago se imputará primero a intereses.

"Se pagarán intereses comerciales desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y transcurridos seis (6) meses los de mora.

"3o. **CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA**. Se dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la ejecutoria de conformidad con lo establecido en los Arts. 176, 177 y 178 del C.C.A.

En la demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el día 7 de marzo de 1989 pereció en accidente de tránsito en la ciudad de Pereira, el señor Reinaldo Gordillo L. al ser atropellado por un agente de la policía nacional que uniformado conducía una motocicleta a gran velocidad.

2) Que el agente responsable, con el pretexto de que debía entregar el servicio, huyó del lugar de los acontecimientos, sin que se hubiera podido identificar.

3) Que el señor Gordillo López estaba casado con la señora Alix Bustamante de Gordillo desde el 8 de febrero de 1956; matrimonio dentro del cual fueron procreados Alvaro, Luis Alberto, Reinaldo, José Fernando y Patricia.

4) Que padres e hijos vivían bajo un mismo techo en la ciudad de Pereira.

Cumplido el trámite propio de la primera instancia, el a-quo decidió en la forma anotada atrás; o sea, denegó las súplicas de la demanda.

Inconforme la parte actora con el fallo, interpuso apelación y sustentó el recurso mediante el escrito que obra a folios 108 y siguientes del cuaderno principal.

Rituada la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Se observa que dentro de esta nueva oportunidad presentaron alegatos las partes y el ministerio público.

El procurador décimo delegado Doctor Fernando Ospina H. en su vista de agosto 3 de 1992 (a folios 146 y siguientes) estima que el fallo merece confirmación aplicando el principio de la carga de la prueba porque sobre bases tan deleznables como las que se allegaron al proceso no es posible una condena.

De ese concepto fiscal, se destaca:

"En sentir de este despacho, los testimonios allegados al informativo, no constituyen prueba alguna plena. Son apenas indicios vagos que no pueden determinar un pronunciamiento favorable a los demandantes.

"En efecto. En el acta de levantamiento del cadáver de quien en vida respondía al nombre de Bernardo Gordillo López, obra anotación de que uno de los hijos de la víctima, manifestó en la morgue que no tenía conocimiento acerca de la forma como ocurrieron los hechos y que del conductor nada se sabía (folio 4 Cno.2)

"Si dicha persona manifestó ignorar quién fué el causante de la tragedia, cómo se explica que aparezca demandado por la muerte de su padre, bajo la afirmación de que fué ocasionada en accidente de motocicleta conducida por un agente de la Policía Nacional?

"Si sabía quién causó la tragedia, el demandante o cualquiera de sus familiares ha debido instaurar en su oportunidad, como es apenas obvio, la denuncia penal correspondiente. O poner el hecho en conocimiento de los superiores del uniformado, para que se adelantara la investigación administrativa. O, en su defecto, informar a los funcionarios de la Procuraduría de dicha ciudad sobre la muerte del señor Gordillo López, en las circunstancias anotadas en la demanda.

"Si por parte de los allegados de la víctima se hubiera tenido la precaución que se tuvo para demandar a la Nación, lo lógico es que se hubiera instaurado la denuncia penal tan pronto ocurrió el ilícito, para aportar al expediente contencioso administrativo mayores elementos de juicio.

"Sin embargo, luego de transcurrido mucho tiempo, comparecen al proceso unos supuestos testigos, dando fé sobre la ocurrencia de unos hechos, no plenamente acreditados.

"Dentro del marco de las realidades fácticas, no es posible deducir responsabilidad administrativa al ente público demandado, por falla del servicio, sin un elemento de juicio que aporte certeza o convicción al juzgador, sobre la autoría del hecho dañoso que se le imputa.

"El testimonio por sí solo, sin un soporte probatorio de mayor entidad, no merece credibilidad, ni es suficiente para derivar en contra de la Nación una conducta antijurídica por la presunta culpabilidad de un agente al servicio de la Policía Nacional."

Para el tribunal no se probaron los supuestos de la responsabilidad. A ese respecto arguye:

"Los testimonios recepcionados sobre la forma como sucedió el accidente son acordes en manifestar que la persona que conducía la motocicleta era un Policía porque estaba uniformado y tenía revólver. Más adelante volveremos sobre este aspecto para darle el valor que probatoriamente le corresponde.

"Referente al testimonio del señor José Alirio Robayo, la Sala no le dá credibilidad sobre la forma como ocurrieron los hechos, porque él mismo afirma que hacía varias horas se encontraba en un café con un amigo ingiriendo bebidas alcohólicas y es apenas lógico deducir que no podía estar atento a lo sucedido. Los testimonios de Nelson Quintana Orozco y José Heberney Montoya Naranjo, a pesar de que informaron haber sido testigos del accidente, para la Sala son sospechosos ya que sus dichos no son creíbles por cuanto solamente aparecen declarando en este proceso y la forma como fueron vinculados hace que sus afirmaciones no merezcan credibilidad. Es de anotar que el señor Bernardo Gordillo, hijo del occiso, dijo en el levantamiento del cadáver que su padre había sido atropellado por una motocicleta, según los comentarios, pero que

del conductor no se sabía nada. Cómo se explica que sepa que fué atropellado por una motocicleta y al mucho tiempo que era conducida por un Agente de la Policía. Si ambas situaciones hacen parte de lo que sucedió en el mismo momento, por qué aparecen separadas? Estas dudas no fueron despejadas dentro del proceso y por lo tanto para la sala son circunstancias que hacen sospechosas las manifestaciones atrás comentadas. Además, por qué su familia no hizo las averiguaciones correspondientes y después de saber que un Agente de la Policía había causado las lesiones, no lo denunciaron penalmente, informar a la Procuraduría Regional y lo más elemental acercarse al Comando de la Policía para averiguar por el responsable. Se trataba nada menos que del padre y del esposo para que pasaran inadvertidas tales diligencias.

"En su alegato de conclusión afirma el señor apoderado de la parte demandante que "a pesar que la demanda fué orientada bajo los términos de una falla en el servicio o la administración, en su forma tradicional; las pruebas logradas (sobre todo la testimonial), permiten ponderar el origen de otros sistemas de responsabilidad extracontractual aceptado por la jurisprudencia, cual es la de falla presunta.

"A las anteriores afirmaciones la sala responde: No se demostró falla en el servicio ya que para que ella exista es necesario:

"1o.- Una falta o falla en el servicio por acción u omisión. 2o.- Un daño o perjuicio. 3o.- Una relación de causalidad entre la falla y el daño.

"El primer elemento no se demostró en la forma probatoria correspondiente, es decir, no se puede aceptar que las solas declaraciones de particulares que dicen que era un Policía, uniformado, que la motocicleta decía Policía, sean suficientes para concluir con plena certeza que un miembro de la Policía Nacional, con motocicleta oficial, en uso de sus funciones, con exceso de velocidad, fué el causante de la tragedia y por tanto se debe conducir responsabilidad a la Nación - Policía Nacional - No, la prueba nó puede ser de esa calidad, se necesita que haya una prueba documental, expedida por las respectivas autoridades, que afirme que quien causó el accidente pertenece a la Institución, que estaba en ejercicio de sus funciones, que el vehículo era oficial y no se trata de afirmar que fué tal o cual Agente por aquello de la responsabilidad anónima, sino saberse que sí fué un miembro de la Institución. Si se aceptara esta clase de pruebas llegaría el momento en que no sería sino afirmar con testimonios que un Agente de la Administración fué el causante de un daño o perjuicio para deducir responsabilidad a la entidad demandada.

"Falla Presunta:

"La jurisprudencia ha aceptado que cuando un vehículo oficial, conducido por un funcionario público causa un daño debido a imprudencia, la falla del servicio es patente. En el caso que nos ocupa no es de recibo, por cuanto se insiste

no se demostró que el vehículo (motocicleta) fuera oficial, pues la sola prueba testimonial no es suficiente.

"Referente a la prueba indiciaria comentada tampoco es suficiente deducir responsabilidad a la entidad demandada. La falta de éxito en la tramitación del proceso penal por la muerte del señor Gordillo López no se puede predicar únicamente del autor del ilícito, sino también de su familia, como se vió en párrafos anteriores. La coincidencia de los rasgos físicos del occiso entre el acta de levantamiento y los deponentes, la residencia de aquél cerca al lugar donde fue atropellado, que el Policía cumplía actos de servicio, como también los que llegaron después del accidente y del que atendía las funciones en el Hospital San Jorge, no prueban que el autor de la muerte del señor Gordillo López haya sido un agente de la Policía Nacional y con un vehículo oficial.

"Al no haberse demostrado que el daño fué causado por un agente de la Policía Nacional, con vehículo oficial, no puede predicarse que hubo falla del servicio, ni tampoco la presunta, por tanto no es necesario estudiar los demás elementos."

Para la Sala la sentencia será revocada porque no hace suya la perspectiva que manejó el *a-quo*, en especial en la valoración que hizo de la prueba testimonial.

La jurisprudencia ha sido reiterada al señalar los alcances de la falla del servicio y al indicar que la tesis presenta dos clases bien diferentes, así: una, la falla del servicio anónima, en la cual no es posible o fácil detectar al funcionario que con su conducta comprometió la responsabilidad del ente al que está adscrito. Para algunos, en este sentido, la falla es objetiva. Y otra, conocida como la falla del servicio del funcionario, en la que las cosas se facilitan desde el punto de vista probatorio porque el agente público es conocido. En esta hipótesis, se habla de falla subjetiva.

Normalmente, es esta última la que se maneja cuando los daños son causados por la conducta irregular o ilegal de un miembro de las fuerzas armadas. Pero no significa esto que cuando falte la identificación del agente la falla del servicio no pueda reconocerse.

Y es esta la situación que revela el caso en estudio. Para la sala no existe duda que la muerte del señor Reinaldo Gordillo López la causó, en accidente de tránsito, un miembro de la policía nacional no identificado en autos.

En estos extremos le da plena credibilidad a los testimonios de Nelson Quintana Orozco (a folios 13 y siguientes del c.#2), José Alirio Robayo (a folios 18 y siguientes) y José Heberney Montoya Naranjo (a folios 24 y siguientes), quienes son contestes en estos hechos fundamentales:

a) Que un señor, que luego se identificó como Reinaldo Gordillo, fué atropellado en la carrera 8a con la calle 12 de Pereira cuando trataba de cruzar la calzada; b)

Que el vehículo causante de la tragedia era una motocicleta de la policía, con la leyenda correspondiente; c) Que el conductor de la misma era un agente de la policía, quien portaba uniforme completo y su arma de dotación; d) Que el agente, luego del accidente, tomó la moto y se retiró, sin prestar auxilio al lesionado, pretextando que tenía que entregar el servicio porque estaba sobre el tiempo.

Los testigos, como se dijo, son contestes sobre este extremo, sus dichos son coherentes y razonados y no existe razón alguna para considerarlos sospechosos.

No comparte la sala las razones que tuvo el tribunal para restarle toda credibilidad a los testimonios indicados atrás.

No está comprobado que el señor José Alirio Robayo estaba borracho cuando ocurrió el accidente (o porque estaba bebiendo no pudo ver nada) porque llevaba varias horas ingiriendo bebidas alcohólicas, como lo afirma el a-quo.

Este exagera un tanto la nota porque si bien Robayo afirma que estaba tomándose unas cervezas en compañía del señor Marcolfo Medina, igualmente narra que luego de cerrar la prendería donde trabajaba, a eso de las 6 y media de la tarde, se puso a conversar en la esquina con el señor Medina y más tarde entraron al café.

De dónde sacó el tribunal que el testigo llevaba varias horas bebiendo?

Que son sospechosas las declaraciones de Nelson Quintana Orozco y José Heberney Montoya, dice el tribunal, porque solo aparecen declarando en esta oportunidad "y la forma como fueron vinculados hace que sus afirmaciones no merezcan credibilidad."

Para la sala el a-quo peca por ligereza y por falta de lógica, ya que negarle la credibilidad a un testigo porque declara por primera vez, no es serio ni constitutivo de motivo de parcialidad.

Nadie ignora y menos el tribunal que el colombiano es alérgico a declarar en asuntos penales, por desidia, pereza o temor y con mayor razón cuando el involucrado en la comisión de un delito es un agente de policía. Es triste reconocerlo pero la gente le tiene miedo al ánimo revanchista de los agentes del orden.

Cuál es la forma como fueron vinculados los testigos que hace poco creíble sus declaraciones? No entiende la sala esta apreciación y debió, dentro de la lógica del tribunal, poner en conocimiento de la justicia penal tales hechos.

Además, quién vincula un testigo al proceso? Pues, el juez, por petición de la parte o de oficio. No puede olvidarse que es el juzgador quien maneja la prueba y que es él el que razonadamente le da mérito o no. Pero no puede restarle credibilidad con observación de poca entidad intrascendentes y gratuitas. Esa no es la sana crítica porque ésta es razonada, lógica y seria.

Que los testigos no dicen la verdad porque el hijo de Don Bernardo, en la clínica, el día del accidente, afirmó que no sabía quién había atropellado a su padre.

Vaya conclusión! Como si el conocimiento no se pudiera obtener con posterioridad, luego de las investigaciones que lógicamente debieron hacer los familiares.

Que los testigos no son creíbles porque los familiares no pusieron la denuncia penal contra los agentes. Pues bien. Es lamentable que no lo hubieran hecho. Pero en Colombia ya nadie denuncia o declara, o casi nadie, porque la credibilidad en la autoridad se ha perdido, unida al riesgo que corren los declarantes o denunciantes. Es esta una realidad que abruma, pero este no es un Estado ideal (solo un Estado aterrado) y la desprotección de jueces y testigos es la regla general.

Para la sala se dió la falla del servicio en su modalidad de presunta (más técnicamente de responsabilidad presunta) por la utilización de un vehículo (motocicleta) que mostró el ejercicio de una actividad peligrosa. Falla que no requería la demostración de la culpa del conductor ni el exceso de velocidad, sino el daño y la relación causal. Y la administración sólo se podía exonerar demostrando la causa extraña, o sea la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho del tercero, también exclusivo y determinante; ninguna de cuyas causales resultó probada.

Los perjuicios

La parte actora solo reclama los de orden moral.

La sala los acogerá siguiendo la tradición jurisprudencial. Para ello considera que la legitimación en la causa de los actores resultó bien probada mediante la prueba documental (certificados y actas del estado civil que obran a folios 13 y siguientes del cuaderno principal).

Con esta prueba se acreditó:

a) El matrimonio celebrado entre el señor Bernardo Gordillo L. y la señora Alix Bustamante de Gordillo.

b) El carácter de hijos legítimos de dicho matrimonio de Alvaro, Luis Alberto, Bernardo, José Fernando y Patricia.

Con estos elementos de juicio se condenará a la nación - Policía Nacional - a pagar a cada uno de los damnificados la suma de 1.000 gramos oro.

Sobre otros perjuicios nada podrá resolverse por cuanto no fueron solicitados.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de febrero 25 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Risaralda.

En su lugar:

Declárase responsable a la nación - Ministerio de Defensa Policía Nacional - de la muerte del señor Bernardo Gordillo López, acaecida el 7 de marzo de 1989, en accidente de tránsito.

Condénase a pagar, por perjuicios morales, las siguientes sumas en su equivalente en pesos: a la señora ALIX BUSTAMANTE DE GORDILLO (cónyuge) y a sus hijos ALVARO, LUIS ALBERTO, BERNARDO, JOSE FERNANDO Y PATRICIA GORDILLO B. de a 1.000 gramos oro para cada uno.

El valor del gramo oro, precio interno, deberá certificarlo el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de ese fallo.

La presente decisión deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Expídanse las copias para su debido cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 11 de diciembre de 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Vehículo **Oficial/FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO**-Escolta

El anciano y el niño merecen esa especial protección de todos, la que se olvida con gran frecuencia por los conductores de automotores, quienes estiman que las vías sólo son para ellos y que los transeúntes son estorbos que no merecen ningún respeto. Y frente a los escoltas motorizados pasa algo peor. Para ellos no existen las reglas del tránsito. Sólo el personaje que va adelante merece la vía, la vida y el respeto. Es tan cierto esto que se han convertido, en algunas ciudades, en una nueva y real amenaza no solo para los demás automovilistas, sino para los peatones que, cada vez tienen menos espacio para circular.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Santafé de Bogotá, D.C., Diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

REF: EXPEDIENTE No. 7176 ACTOR: MARIA FRANCISCA NARVAEZ RUIZ.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 7 de noviembre de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO.- DECLARAR QUE LA NACION COLOMBIANA-MINISTERIO DE GOBIERNO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S., es administrativamente responsable por la muerte del señor JUAN BAUTISTA NARVAEZ, causada como consecuencia del hecho perpe-

trado en la ciudad de PASTO (Nariño), el día 7 de abril de 1989, por parte del agente conductor del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., señor ALONSO ALBERTO DIAZ, adscrito a la Seccional de este Departamento".

"SEGUNDO.- CONDENAR como consecuencia de la anterior declaración a la NACION COLOMBIANA, con cargo al presupuesto del MINISTERIO DE GOBIERNO, a pagar a los demandantes JOSE FRANCISCO NARVAEZ RUIZ, MARIA FRANCISCA NARVAEZ RUIZ, MARIANA ISABEL NARVAEZ RUIZ, LUIS ALFONSO NARVAEZ RUIZ, TERESA DEL CARMEN NARVAEZ RUIZ, MARTHA CECILIA NARVAEZ RUIZ Y JESUS DOLORES NARVAEZ RUIZ, en su condición de hijos legítimos del extinto JUAN BAUTISTA NARVAEZ como indemnización por concepto de perjuicios morales subjetivos la cantidad de MIL (1.000) GRAMOS DE ORO para cada uno."

"La equivalencia en pesos se determinará por la certificación del Banco de la República sobre el valor del gramo de oro en el mercado internacional a la fecha de la ejecutoria de esta providencia."

"TERCERO.- CONDENAR en abstracto a la NACION COLOMBIANA con cargo al presupuesto del MINISTERIO DE GOBIERNO-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S., a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios materiales, las cantidades que se liquiden en el incidente de regulación, con sometimiento a las pautas indicadas en la parte motiva de esta providencia".

"El trámite de la liquidación de la condena en abstracto deberá cumplirse mediante el incidente regulado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil y deberá presentarse dentro del término de dos meses contados desde la ejecutoria de esta sentencia y con sujeción a las pautas indicadas".

"CUARTO.- LA ENTIDAD DEMANDADA podrá repetir contra su agente ALONSO ALBERTO DIAZ la cantidad a que fuere condenada".

"QUINTO.- LA NACION COLOMBIANA-MINISTERIO DE GOBIERNO-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S., dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, con las consecuencias obligadas en caso de no cumplimiento oportuno".

"Si este fallo no fuere apelado se consultará con el H. Consejo de Estado".

"Copias de esta providencia se enviarán al MINISTERIO DE GOBIERNO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S. y FISCALIA DEL TRIBUNAL".

En la demanda formulada por la señora María Francisca Narváez Ruiz y otros contra la Nación-Ministerio de Gobierno-Das el día 23 de noviembre de 1989, se pidió:

"PRIMERA.- LA NACION (MINISTERIO DE GOBIERNO - Departamento Administrativo de Seguridad DAS) es responsable civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, ocasionados a MARIA FRANCISCA NARVAEZ RUIZ, MARIA ISABEL NARVAEZ RUIZ, JOSE FRANCISCO NARVAEZ RUIZ, LUIS ALFONSO NARVAEZ RUIZ, TERESA DEL CARMEN NARVAEZ RUIZ, MARTHA CECILIA NARVAEZ RUIZ Y JESUS DOLORES NARVAEZ RUIZ, con motivo de la muerte violenta de que fue víctima el ciudadano JUAN BAUTISTA NARVAEZ, quien era el padre legítimo de los mencionados, en hechos sucedidos el día 7 de abril de 1989, en las calles de la ciudad de Pasto, los cuales fueron protagonizados por miembros del Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S.) adscritos al Departamento de Nariño, en una evidente falla del servicio".

"SEGUNDO.- CONDENASE A LA NACION (MINISTERIO DE GOBIERNO - Departamento Administrativo de Seguridad - D.A.S.), a pagar a MARIA FRANCISCA NARVAEZ RUIZ, MARIANA ISABEL NARVAEZ RUIZ, JOSE FRANCISCO NARVAEZ RUIZ, LUIS ALFONSO NARVAEZ RUIZ, TERESA DEL CARMEN NARVAEZ RUIZ, MARTHA CECILIA NARVAEZ RUIZ y JESUS DOLORES NARVAEZ RUIZ, todos mayores y vecinos de esta ciudad, quienes son sus hijos legítimos, por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte violenta de que fué víctima su padre JUAN BAUTISTA NARVAEZ, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrase en el proceso, así:

"a) VEINTE MILLONES DE PESOS ($20.000.000.oo) por concepto de Lucro Cesante, correspondientes a las sumas que JUAN BAUTISTA NARVAEZ (el occiso) dejó de producir en razón de la actividad económica a que se dedicaba (comerciante), por todo el resto posible de vida que le quedaba, habida cuenta de su edad al momento del insuceso (89 años), y a la Esperanza de Vida calculada conforme a las tablas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria, y teniendo en consideración su calidad de pensionado del Fondo Prestacional del Magisterio, con una asignación mensual de $35.000,oo".

"b) Daños y Perjuicios Patrimoniales Directos o Daño Emergente, por concepto de funeral, diligencias judiciales, honorarios de abogado, etc., pago que se hará en pesos que tengan el mismo poder de compra que los de la fecha en que se causaron los daños y perjuicios o sea, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor entre el día de la muerte y la sentencia conforme a lo que se demostrase en el proceso o en aplicación subsidiaria del art. 107 del C.P.".

"c) El equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales o "pretium doloris" , consistente en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la irresponsabilidad en la administración, en aplicación del art. 106 del C.P., máxime cuando el hecho se comete por miembros de una institución como el D.A.S., que tiene la obligación legal de velar por la vida de los asociados y con ese hecho se termina con la existencia de un ser querido como lo es su padre".

"d) Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor".

'TERCERA.- LA NACION dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria".

Así mismo en dicho escrito se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el día 7 de abril de 1989, a eso de las 3 y 50 de la tarde, fué atropellado el señor Juan Bautista Narváez por el vehículo Renault 4 de placas MD 3425 al servicio del DAS, en la avenida "Los Estudiantes" con la carrera 34 de la ciudad de Pasto, causándole la muerte casi instantáneamente.

2) Que todo se debió al exceso de velocidad del vehículo oficial, conducido por el agente Alonso Alberto Díaz, quien venía acompañado de otros dos agentes de la institución y prestaban en ese momento servicio de escolta al señor Ministro de Agricultura que visitaba ese día la ciudad de Pasto.

3) Que luego del accidente los agentes trataron de huir con el argumento que "eran la ley" y amenazaron a las personas que se habían aglomerado en el lugar.

4) Que el señor Narváez contaba al morir con 89 años.

El Tribunal luego del trámite de la primera instancia, decidió en la forma transcrita atrás.

Inconformes las partes con el fallo, apelaron.

La parte demandada lo hizo mediante el escrito de sustentación que obra a folios 194 y ss. En cuanto a la parte actora hubo de declararse desierto su recurso, tal como se dispuso en el auto de abril 23 de este año (a folio 201). Para la primera la decisión debió ser inhibitoria por ineptitud de la demanda, ya que se demandó al Ministerio de Gobierno DAS, como si este organismo estuviera vinculado o adscrito a aquél. Además estima que la víctima. dado su precario estado de salud, no estaba en condiciones de autodirigirse, lo que sumado a su estado de embriaguez, permitió la ocurrencia del accidente en forma irremediable. En otras palabras, considera que se dió la causal de

exoneración de la culpa de la víctima y que si hubo algún culpable fue la familia del occiso, la cual lo abandonó a su suerte pese a su estado físico y su edad avanzada.

Rituada la segunda instancia es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Según se desprende del expediente resultó bien probado: a) Que el señor Juan Bautista Narváez murió en accidente de tránsito al ser atropellado por un vehículo oficial de placas MD 34-25, Renault 4, adscrito al Das, en la ciudad de Pasto el día 7 de abril de 1989 (Avenida Los Estudiantes con la carrera 34).

b) Que el vehículo oficial venía, cuando atropelló al mencionado señor, a velocidad superior a la permitida, en seguimiento del vehículo Mercedes Benz en que viajaba el señor Ministro de Agricultura, a quien servía de escolta.

c) Que el señor Narváez contaba al morir con 89 años de edad y estaba acompañado, al momento del accidente, de su nieto Carlos, quien a la sazón era un niño.

Para la Sala el asunto es bastante claro y puede manejarse con apoyo en la tesis de la responsabilidad presunta; derivada del ejercicio de una actividad peligrosa por parte de la administración.

Régimen de responsabilidad que sólo le permitía a la entidad demandada exculparse probando que el hecho no le era imputable porque se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o al hecho de tercero, también exclusivo y determinante.

Estima esta Sala que la administración no probó ninguna de las causales indicadas y ni siquiera la culpa de la víctima. Aunque se pretende decir que sí se dió esta causal, dada la edad avanzada del señor Narváez (su paso cansado y torpe), las pruebas demuestran otra realidad y permiten un enfoque más humano y considerado, máxime cuando se probó que el vehículo del Das venía con especial apuro, ya que estaba escoltando un automotor de mucha más potencia y cilindrada que lo había dejado atrás (más de cien metros).

No se probó el estado de embriaguez del señor Narváez que insinúa la demanda y no puede calificarse como culpa suya que su paso fuera lento y cansado. Por el contrario, su estado merecía la máxima consideración por parte de los automovilistas.

El anciano y el niño se merecen esa especial protección de todos, la que se olvida con gran frecuencia por los conductores de automotores, quienes estiman que las vías solo son para ellos y que los transeúntes son estorbos que no merecen ningún respeto.

Y frente a los escoltas motorizados pasa algo peor. Para ellos no existen las reglas del tránsito. Sólo el personaje que va adelante merece la vía, la vida y el

respeto. Es tan cierto esto que se han convertido, en algunas ciudades, en una nueva y real amenaza no sólo para los demás automovilistas, sino para los peatones que, cada vez tienen menos espacio para circular.

El asunto es tan claro que aún puede manejarse desde la perspectiva de la falla del servicio ordinaria, no sólo por la velocidad del vehículo escolta, sino por las características mismas de este automotor y del servicio que prestaba. Causa un poco de risa pensar que un poderoso auto Mercedes Benz, de alta cilindrada, puede ser escoltado por un modesto Renault 4. Baste recordar que cuando el accidente se produjo este automóvil estaba inútilmente de darle alcance al Mercedes que transitaba unos 100 metros más adelante, El servicio de escolta así prestado no tiene razón de ser y no deja de ser un remedo o una simple apariencia sin ninguna importancia práctica.

LOS PERJUICIOS

El a-quo condenó tanto el pago de los perjuicios morales como de los materiales. Sobre los primeros la sala no encuentra reparo alguno. La condena impuesta a favor de los hijos legítimos del señor Juan Bautista Narváez se estima ajustada a la orientación jurisprudencial de la corporación. Y en el presente caso la equivalencia de 1000 gramos oro par cada uno está bien justificada por el gran dolor que produce la muerte de un abuelo, máxime lúcido y de buena salud. Abuelo, así, que era el centro de la casa y la adoración de los hijos y nietos.

Sobre los perjuicios materiales la sala sí tiene reparos, ya que no solo no se comprobaron sino que tampoco resultaron creibles ni razonables. El abuelo estaba pensionado y es fácil pensar que no era una carga para su familia pero tampoco una fuente de ingresos para ésta.

Además, no fué lógico el tribunal cuando luego de escribir que los actores no cumplieron la carga de la prueba que les incumbía en materia de perjuicios materiales, concluye que se debe tramitar el incidente para su concreción.

Esta conclusión muestra un claro desfase, Sólo es posible el incidente cuando resulta probado el perjuicio pero no su cuantía.

Finalmente la sala, anota:

El ordinal 4o. deberá revocarse, porque solo será posible una previsión de ese tenor cuando el agente responsable haya sido vinculado al proceso desde su iniciación y se haya demostrado su culpa grave. Como aquí no se dieron esos extremos, la administración, si quiere ejercer esa repetición, tendría que demandar al señor Alfonso Alberto Díaz.

Por lo expuesto, al Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

Confírmase la sentencia de 7 de noviembre de 1991, dictada por el tribunal administrativo de Nariño, en sus ordinales primero, segundo y quinto, con la precisión en el ordinal primero que la obligada es la Nación-Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.

Revocánse los ordinales tercero y cuarto.

Deniéganse las demás súplicas.

Expídanse las copias para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fué estudiada y aprobada por la sala en su sección de fecha 11 de Diciembre de 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA/ACCION DE REPARACION DIRECTA/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/JURISDICCION ORDINARIA/COMPETENCIA/PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

La decisión tomada por la justicia ordinaria que anula lo actuado por falta de jurisdicción merece acatamiento, pese a que aplicando la jurisprudencia de esta misma Sala, habría que concluir que esta jurisdicción no es la competente para definir la presente controversia y sí la ordinaria. Las acciones de reparación directa contra las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta no son del conocimiento de la jurisdicción administrativa. No tendría sentido ni presentación, máxime con la expresa consagración a nivel constitucional del principio de la primacía del derecho sustancial sobre el formal, que ahora se dijera que esta jurisdicción tampoco es apta para dirimir la controversia planteada.

RESPONSABILIDAD POR OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLES/RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS/ACCION DE REPARACION DIRECTA/CADUCIDAD

Si bien es cierto en las acciones indemnizatorias por ocupación permanente de la propiedad inmueble la pretensión principal gira en torno al valor de la zona ocupada, eso no impide que se pretenda otros perjuicios diferentes. Pero cuando se da esa acumulación no se califica la caducidad frente a cada una de las pretensiones como si fuera independientes y nada tuvieran que ver con el hecho mismo del trabajo público, causa de todos los perjuicios posibles en este tipo de acción. Si la causa de la indemnización por todos los conceptos reclamados es una sola (la ocupación por trabajos públicos) y ésta se consumó en octubre 23 de 1986, no se ve razón alguna para caducar la decisión que pretende la indemnización de uno de los datos y aceptar como oportuna la reclamación por los restantes. Los daños al provenir de una misma causa, tendrían un plazo para su reclamo único, contado desde que se consumó la ocupación permanente.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera
Santafé de Bogotá D.C. Diciembre diez y seis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Ref. Expediente No. 7313.- Indemnizaciones Actor: MARIO GUILLERMO PUERTA GALLO.

Procede la sala a decidir el; recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 15 de noviembre de 1991 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

"1o.- Canteras del Norte Ltda. no es titular del derecho que reclama en este proceso.

"2o.- Como consecuencia de lo anterior, se condena a las citadas Canteras del Norte Ltda. a pagar a favor del demandante Mario Guillermo Puerta Gallo y de la demandada TERPEL ANTIOQUIA S.A. la suma de $5.000.oo para cada uno de ellos.

"3o.- No se causaron costas en favor de las partes actora y accionada.

"4o.- Se condena igualmente a Canteras del Norte Ltda. a pagar al demandante Mario Guillermo Gallo y a la demandada TERPEL ANTIOQUIA S.A. los perjuicios que les haya inferido su intervención en este proceso. La liquidación de los mismos se hará mediante el incidente que prevé el artículo 53 del Código de P. Civil.

"5o.- Declárase a la Planta Terminal de Distribución de Productos del Petróleo Antioquia S.A. - TERPEL ANTIOQUIA S.A. - responsable administrativamente de los daños sufridos por Mario Guillermo Puerta Gallo con motivo de construcción del oleoducto desde la María al aeropuerto José María Córdoba por terrenos de su propiedad y de posterior ocupación permanente de los mismos.

"6o.- Condénase, por tanto, a la Planta Terminal de Distribución de Productos del Petróleo Antioquia S.A. a pagar a Mario Guillermo Puerta Gallo la suma de $19.382.500.oo por razón del daño emergente que le fue inferido. Se condena así mismo a dicha empresa a pagarle al mismo Mario Guillermo Puerta la cantidad de dinero que se fije en el trámite incidental ordenado en la parte motiva de esta providencia, por concepto de la disminución del valor de la propiedad, por haber sido separada en dos lotes y tener que soportar una obra pública.

"7o.- Niéganse las demás peticiones de la demanda.

"8o.- Se dará cumplimiento a este fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.".

En la demanda, instaurada el 28 de octubre de 1988 por el señor Mario Guillermo Puerta Gallo contra la sociedad Planta Terminal de Distribución del Petróleo Antioquia S.A. "Terpel S.A." expresamente se pidió:

"LA PLANTA TERMINAL DE DISTRIBUCION DE PRODUCTOS DEL PETROLEO S.A. "TERPEL ANTIOQUIA S.A." es responsable por los perjuicios sufridos con la ocupación permanente de la propiedad del señor MARIO GUILLERMO PUERTA GALLO por el paso de un poliducto por su propiedad ubicada en el Municipio de Bello-Antioquia.

"2) Que se indemnice a MARIO GUILLERMO PUERTA GALLO por los daños patrimoniales causados a su patrimonio, tanto en sus perjuicios materiales que me permito dividir en la siguiente forma:

"Daño Emergente: Comprende éste el valor de la franja de tierra ocupada, que tiene una longitud de 580 metros aproximadamente, por un espesor de quince (15) metros, a lado y lado, como retiro mínimo. El valor del metro cuadrado asciende a la suma de $1.000, lo que arroja un valor de diez y siete millones cuatrocientos mil pesos m.l. ($17.400.000.oo).

"La pérdida de valor en general de la propiedad por el paso del poliducto al dividir la propiedad en dos lotes, estando el de la parte superior incomunicado con cualquier medio de acceso. Valor éste que debe ser tasado por los peritos dentro del proceso, que por la dimensión del terreno, considero dicho perjuicio en la suma de CINCO MILLONES DE PESOS pero me someto a la determinación que al respecto dictaminen los expertos.

"LUCRO CESANTE: Está comprendido por la falta de productividad del bien a causa de la ocupación permanente del inmueble por causa de los trabajos públicos. Que me permito tasar en la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS, por la imposibilidad de desarrollar los proyectos en el lote, como era en la parte superior el desarrollo de una Cantera, y en la parte inferior la construcción de unas soluciones de vivienda para clase popular. En la determinación del valor del perjuicio, me someto a lo dictaminado por los peritos, debido a que la suma puede ser mayor.

C) Que se condene a la Sociedad PLANTA TERMINAL DE DISTRIBUCION DE PRODUCTOS DEL PETROLEO ANTIOQUIA S.A. a la actualización de la indemnización, desde el momento de la ocurrencia del hecho hasta el pago de la respectiva indemnización, de acuerdo a los índices de devaluación de la moneda".

En la misma demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el señor Puerta Gallo es propietario del inmueble situado en Bello (Antioquia) y que aparece deslindado a folios 15 y 16, adquirido por compra a Construcciones Técnicas Ltda. y Dario Pastor Alvarez, mediante escritura # 4463 de diciembre 31 de 1984 de la Notaría 13 de Medellín.

2) Que Terpel Antioquia S.A., sociedad industrial y comercial del Estado, ocupó una parte del inmueble, en forma permanente con un poliducto, en parte enterrado y en parte a la vista.

3) Que dicha sociedad celebró contrato con el Ministerio de Minas para transportar combustibles derivados del petróleo entre la Planta La María (Medellín) hasta el aeropuerto José María Córdoba en Rionegro.

4) Que para la realización de dicho contrato, Terpel inició labores para la construcción del poliducto el día 14 de mayo de 1986, terminando la ejecución de la obra el 23 de octubre de 1986, en terrenos del señor Puerta Gallo.

5) Que tal obra le ha causado al demandante los perjuicios (lucro cesante y daño emergente) que se discriminan a folios 17 y 18 del cuaderno principal.

El Tribunal luego del trámite de la primera instancia decidió en la forma indicada atrás. Aceptó en esa etapa como intervinientes a Pablo Contreras J. Fanny Ortiz Ll., Luis Javier Piedrahita G. y Canteras del Norte Ltda., esta última ad-excludendum.

Inconformes las partes con lo decidido, apelaron.

La entidad demandada sustentó su recurso a folios 213 y siguientes. Allí insiste en la caducidad de la acción propuesta y glosa la argumentación que el a-quo hace en el sentido de que el fenómeno no se dió porque "la falta de productividad, el lucro cesante y las viviendas que se proyectaba construir" ..."son fenómenos que se prolongarían en el tiempo" y anota:

> "Revisando la historia de la legislación en lo que tiene que ver con la caducidad de las acciones indemnizadas derivadas de trabajos públicos, ninguna de ellas ha diferenciado la naturaleza del daño, inmediato futuro, para efectos de contar con su extinción. En efecto, tanto la Ley 167 de 1941 que la consagró en dos años, como el posterior decreto 528 de 1964 que la extendió a tres años, y el Código Contencioso Administrativo actual (Decreto 01 de 1984), que nuevamente la señaló en dos años, han sido perentorios y sin distinción alguna en el término de caducidad.
>
> "Es más, el artículo 23 del Decreto 2304 subrogatorio del artículo 136 del C.C.A. fué más preciso y concretamente se refirió en su inciso cuarto a la

caducidad de la acción derivada de la ocupación temporal o permanente de un inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos.

"Y es que la obligación de indemnizar, como tal, en todas sus manifestaciones surge con el acaecimiento del hecho dañoso y el derecho correspondiente se debe ejercer a partir de ese instante y hasta su caducidad o prescripción según el caso. Lo contrario sería afirmar que la reparación del lucro cesante nunca tendría caducidad.

"Distinta es la reglamentación en cuanto a prestaciones periódicas, como jubilaciones, etc., las que no caducan en cuanto a las mesadas pero por la potísima razón de que van siendo exigibles mes a mes, período a período y, como vimos anteriormente, cualquier derecho se puede ejercer si la relación correlativa no está sometida a plazo o condición."

La entidad demandante concretó su inconformidad en su escrito que aparece a folios 222 y siguientes.

Cumplido el trámite de la segunda instancia es oportuno decidir.

Para ello, se considera:

El Tribunal, como se observa en su fallo, aceptó la competencia para dirimir la controversia planteada. Estimó que era un asunto de ocupación permanente de una porción del inmueble, con ocasión de trabajos públicos. Así mismo estimó el Tribunal, al estudiar la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada que,

"El señor Mario Guillermo Puerta anota, en efecto, en la demanda que "Terpel inició labores el día 14 de mayo de 1986, terminando la ejecución de la obra el día 23 de octubre de 1986 ...". Y agrega que "sería absurdo que un hecho que es ostensible, todos los días, que daría lugar a que se indemnizara periódicamente, por lo dañino, tuviere una acción que caducase...".

"Cabría, pues, pensar, en principio, que existe una fecha final límite: la del 23 de octubre de 1986. Sin embargo, el problema es más complejo de lo que se cree. De acuerdo con lo que alega el actor, el trabajo público le ha causado los siguientes daños: a.- No le ha sido cubierto el valor de la faja ocupada. b.- Tampoco ha sido resarcido del daño que le causa "la pérdida de valor en general de la propiedad por el paso del poliducto al dividir la propiedad en dos lotes, estando el de la parte superior incomunicado con cualquier medio de acceso". c.- La falta de productividad del bien, o lucro cesante, consistente en el desarrollo de una cantera y la construcción de unas viviendas "para clase popular".

"El supuesto daño del punto a), el relativo a la utilización permanente del inmueble, está sometido a una fecha cierta: la del 23 de octubre de 1986, día en que concluyeron los trabajos que dieron lugar a la reserva de la faja. En tales condiciones, desde esa data (el 23 de octubre de 1986) deben empezar a contarse los dos años hábiles para demandar. Por qué? Porque en ese momento culminó, se consolidó definitivamente el hecho de la ocupación. Algo similar acontece con respecto a la pérdida del valor de la propiedad: el 23 de octubre de 1986 concluyeron los trabajos que, supuestamente, originaron el daño.

"Las cosas son diferentes en lo atinente a la falta de productividad, el lucro cesante y las viviendas que se proyectaba construír, por cuanto son fenómenos que se prolongarían aún en el tiempo. No cabe por tanto encasillarlos dentro de unas épocas determinadas. Como esa lógico, no se podría obligar al accionante a que demandara separada e independientemente por cada uno de los conceptos antes mencionados. Ello iría, entre otras cosas, contra el principio de la continencia de la causa. Ha de concluírse entonces que no se ha operado la caducidad de la acción porque algunos de los presuntos hechos dañinos no han sido circunscritos en el tiempo."

Para la Sala la sentencia del Tribunal será revocada, para en su lugar declarar la caducidad de la acción propuesta.

Se advierte que al estudiar este aspecto y fallar con base en el mismo se está acatando la definición de jurisdicción que para este caso concreto muestran los antecedentes y que dan cuenta que la acción se presentó en primer término ante la justicia ordinaria, concretamente en el juzgado sexto civil del circuito de Medellín, el cual, mediante auto de mayo 4 de 1988, anuló todo lo actuado por falta de jurisdicción (a folios 175 y siguientes del cuaderno principal); proveído que quedo ejecutoriado el 29 de septiembre de ese mismo año.

Esta circunstancia merece acatamiento, pese a que aplicando la jurisprudencia de esta misma Sala, habría que concluír que esta jurisdicción no es la competente para definir la presente controversia y sí la ordinaria.

Se recuerda que en forma reiterada ha dicho esta misma Sala que las acciones de reparación directa contra las empresas industriales del Estado y las sociedades de economía mixta no son del conocimiento de la jurisdicción administrativa, aunque los artículos 131 y 132, en sus numerales 10 no distingan al hablar de "las entidades descentralizadas de los diferentes órdenes", porque a ese respecto se aplican las normas especiales que gobiernan la competencia para las controversias derivadas de las actividades industriales y comerciales de los citados entes (6 y 8 del decreto 1050 y 31, 34 y 36 del decreto 3130 ambos de 1968).

No tendría sentido ni presentación, máxime con la expresa consagración a nivel constitucional del principio de la primacía del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 de la Carta), que ahora se dijera que esta jurisdicción tampoco es apta para dirimir la controversia planteada.

Hecha esta precisión, se anota:

Según los términos de la demanda la ocupación permanente de la faja de terreno del señor Mario Guillermo Puerta Gallo se consumó el día 23 de octubre de 1986, fecha en la que terminó el trabajo público con la construcción de la obra del poliducto sobre dicho terreno.

A partir de esa fecha, entonces, empezó a correr el término que el propietario tenía para reclamar la indemnización de los perjuicios de toda índole que se le hubieran causado con tales trabajos.

La acción de reparación directa caduca según la ley "al vencimiento del plazo en dos años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa **o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos**." (subrayas fuera del texto).

Si la demanda se presentó el 28 de octubre de 1988 y la ocupación se consumó el 23 de octubre de 1986, según lo confiesa el demandante en el hecho 7 de la misma, no cabe duda alguna que la acción estaba caducada a la fecha de su presentación. Si bien es cierto en las acciones indemnizatorias por ocupación permanente de la propiedad inmueble la pretensión principal gira en torno al valor de la zona ocupada, eso no impide que se pretendan otros perjuicios diferentes, tal como se dió en el caso concreto.

Pero cuando se da esa acumulación no se califica la caducidad frente a cada una de las pretensiones, como si fueran independientes y nada tuvieran que ver con el hecho mismo del trabajo público, causa de todos los perjuicios posibles en este tipo de acción.

Se anota lo precedente porque el Tribunal luego de enunciar los distintos daños reclamados (el valor de la faja ocupada, la pérdida del valor de la propiedad por el paso del poliducto y su división en dos zonas separadas y la falta de productividad del bien por el desarrollo de una cantera y la construcción de viviendas populares) concluye, sin una explicación realmente convincente que la acción frente al valor del lote ocupado está caducada, pero no así las dos restantes, "por cuanto son fenómenos que se prolongarían aún en el tiempo. No cabe por tanto encasillarlos dentro de unas épocas determinadas. Como es lógico, no se podría obligar al accionante a que demandara separada e independientemente por cada uno de los conceptos antes mencionados".

Olvida el a-quo que si la causa de la indemnización por todos los conceptos reclamados es una sola (la ocupación por trabajos públicos) y ésta se consumó el día 23 de octubre de 1986, no se ve razón alguna para caducar la acción que pretende la indemnización de uno de los daños y aceptar como oportuna la reclamación por los restantes. El mismo Tribunal le da la razón a este argumento cuando sostiene que no se le puede obligar al accionante a que demande separa e independientemente por cada uno de los conceptos estimados como perjuicios. Aunque no dice por qué, la

respuesta es clara para todos: porque los daños al provenir de una misma causa, tendrán un plazo para su reclamo único, contado desde que se consumó la ocupación permanente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

Revócase la sentencia de 15 de noviembre de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia (Sección Primera). En su lugar, declárase la caducidad de la acción de reparación directa propuesta.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 15 de diciembre de 1992

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo; Juan de Dios Montes Hernández; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

CUANTIA-Determinación/DEMANDA-Corrección**/SENTENCIA INHIBITORIA/ LEGITIMACION PROCESAL-**Oportunidad**/LEGITIMACION POR ACTIVA**

La estimación de la cuantía debe ser extremadamente grotesca como para que no se pueda determinar cuál puede ser la cuantía. Además dentro de los poderes correctivos que le corresponden al Juzgador está el de hacer notar la deficiencia y señalar un término de cinco (5) días para que lo subsane, pero al comienzo, por consiguiente si no se hizo uso de ese poder en su momento y la demandada tampoco lo excepcionó, resultaría exagerado hoy entrar a abstenerse de proferir sentencia de mérito por ese prúrito. La capacidad procesal para comparecer al proceso, es un aspecto que debe estudiarse al momento precisamente de acceder a la litis y si para entonces resulta satisfactoria como en el caso de autos, dado que los representantes legales otorgaron el poder a nombre de su menor hija, dicha legitimación perdura a lo largo de todo el proceso.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Arma oficial**/CARGA DE LA PRUEBA**

Los demandantes resultaron lesionados al hacer explosión un artefacto disparado por miembros de las fuerzas militares que estaban realizando prácticas en la región. Esta prueba es suficiente para establecer la existencia de la falla presunta, y por tanto declarar la responsabilidad estatal. Además no puede dejarse de alto el hecho de que los demandantes resultaron lesionados con armamento que en Colombia es de uso privativo de las fuerzas armadas, en consecuencia, si este mortero que ocasionó el daño no fue usado por personal militar, era a la demandada a quien correspondía la carga de probar tal circunstancia.

PERJUICIOS MATERIALES-Reconocimiento

A pesar de no haberse demostrado la consecuencia patrimonial por la incapacidad diagnosticada, por la seccional de medicina legal de, por el término de 90 días, lo cierto es que élla se dedicaba a actividades y labores domésticas en pleno ejercicio de su capacidad laboral por lo que siguiendo la orientación jurisprudencial de que quien trabaja y no prueba sus ingresos, tiene derecho a que se reconozca el salario mínimo, así se procederá.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Ref. Expediente No. 6913 Actor : CLAUDIO JIMENEZ OLIVAREZ Y OTROS.

Decide la Sala en recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 11 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES PROCESALES.-

1o.- La demanda.-

Con fecha 30 de agosto de 1990, MARTA JOSEFA EPIAYU, JOSE HILMAR ROJAS RAMIREZ y la menor LUZ MERY JIMENEZ MONTERO, esta última representada por sus padres, obrando por conducto de apoderado legalmente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formuló demanda en contra de la Nación - Ministerio de Defensa Ejército Nacional.

Solicitan declarar a la demandada responsable de los daños y perjuicios que sufrieron como consecuencia de las esquirlas producidas por la explosión de la granada tipo Pepa, proyectil lanzado por personal de las fuerzas armadas.

Como consecuencia de ese daño que se imputa a una falta del servicio, solicitan condenar a la demanda al pago de los perjuicios morales y materiales sufridos por cada uno de los demandantes, como consecuencia de las lesiones.

2o. Fundamentos de hecho.-

Aparecen relacionado a folios 2 y ss del cuaderno principal y se reducen en síntesis a lo siguiente:

El 31 de agosto de 1988 los demandantes Luz Mery Jiménez Montero, María Josefa Epiayú y José Hilmar Rojas Ramírez, resultaron heridos con las esquirlas

producidas por la explosión de una granada de proyectil de mortero, utilizada por personal del Batallón La Popa, del ejército Nacional, que hacía prácticas en el sitio Buenavista.

El hecho se produjo cuando al ser disparado un proyectil que debía alcanzar una distancia de 5.200 mts, este hizo impacto a una distancia de 2.170 mts, cerca a una casa de habitación.

Ante tal acontecimiento el personal militar recorrió el área, encontró a los heridos y los trasladó a las instalaciones militares de Buenavista y luego, dada la gravedad que presentaban, al Hospital Militar de Cartagena.

A Luz Mery Jiménez Montero, quien para la época de los hechos se desempeñaba como empleada del servicio doméstico, las heridas le ocasionaron una deformidad física corporal de carácter permanente o perturbación funcional de la pierna derecha que compromete la locomoción.

A María Josefa Epiayú, quien se ocupaba de los oficios domésticos en su propia casa, le quedó una deformidad física corporal permanente y perturbación funcional del órgano de locomoción.

A Jose Hilmar Rojas Ramírez, trabajador en las fincas de la región actividad por la que devengaba el salario mínimo, las heridas le dejaron como consecuencia perturbación funcional permanente del órgano de la digestión e incompetencia funcional del esfínter anal.

3o.- La actuación en la primera instancia.-

Notificado el auto admisorio de la demanda, la demandada guardó silencio. Decretadas las pruebas pedidas por la parte actora, fueron logradas parcialmente, por cuanto no se allegaron las copias del proceso penal adelantado con ocasión de los hechos.

Transcurrido el término probatorio se corrió traslado del proceso a fin de que las partes pudieran alegar de conclusión y así mismo que la fiscalía rindiera su concepto de fondo; en tal oportunidad procesal, la parte actora guardó silencio. En el escrito que para descorrer ese traslado, presentó el apoderado de la demandada, solicita absolver a su representada de los cargos hechos por los actores y como efecto necesario, rechazar sus súplicas. Con este propósito, destaca que en este caso, la demanda es inepta porque no se precisaron los perjuicios que se reclamaban ni se estimó razonadamente la cuantía. Agrega que o se demostraron los elementos axiológicos para que se dé la falla del servicio, puesto que los testimonios no son prueba directa de que fuera un mortero del ejército el que ocasionó los daños, cuya existencia tampoco se acreditó puesto que las demandantes Luz Mery y María Josefa se mostraron renuentes a comparecer a la oficina de la medicina legal, para que se les

practicaran los exámenes respectivos. Por último en relación con Luz Mery señala que si bien es cierto que cuando se presentó la demanda era menor de edad, al alcanzar la mayoría no ratificó el poder que habían dado sus padres.

La fiscalía del Tribunal, en el concepto que rindió, estima que deben negarse las súplicas formuladas en libelo demandatario. Del análisis del proceso concluye que como no se hizo una estimación razonada de la cuantía, la demanda es inepta. Destacó estar de acuerdo con la demandada en que del acervo probatorio no se puede concluir que las lesiones fueran consecuencia directa del obrar de miembros de las fuerzas militares porque no aparece prueba de la presanidad de los actores. También echa de menos la prueba de las lesiones sufridas por los demandantes.

4o.- La sentencia.-

En el fallo impugnado, visible a folios 74 a 83, el a-quo luego de historiar los antecedentes y con base en las pruebas recepcionadas en el curso de la actuación deduce que el 31 de agosto de 1988 se produjeron unos hechos en los cuales resultados heridos los demandantes, pero no encontró la prueba de que personal militar adscrito, u, orgánico del Batallón "La Popa", haya estado en esa fecha realizando prácticas en operaciones de artillería en esa zona y menos que hubieran realizado el disparo de mortero, a que se refiere la demanda, por tanto deduce que no se dio la relación de causalidad entre los hechos y el daño de las víctimas. Esas consideraciones llevaron el a-quo a negar las súplicas de la demanda.

5.- Las alegaciones en la segunda instancia.-

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló oportunamente y en el escrito que hace la sustentación, pide revocarla. El apelante fundamenta su inconformidad en el hecho de que la parte demandada omitió, cumplir las órdenes del Tribunal, al no haber enviado las copias del proceso penal adelantado en contra del Capitán Edgar Espinosa Cárdenas y otros por los hechos ocurridos en Buenavista y que dieron origen a este proceso, sin que el Tribunal hiciera uso de los poderes que le otorga el artículo 37 del Dto. 2304/89, para establecer los hechos, sino que dictó una sentencia precipitada.

En el término que se les concedió para presentar sus alegatos de conclusión de segundo grado, los apoderados de las partes presentaron los escritos que obran a folios 100 a 104. La demandada insiste en que no se demostraron los elementos axiológicos constitutivos de la falla en el servicio, por cuanto unos testigos no presenciaron los hechos y a otro se le recibió declaración en oportunidad diferente a la que había sido señalada, además no se acreditaron los daños porque los demandantes no comparecieron al examen que con tal fin, debía practicárseles en medicina legal. Así mismo vuelve sobre la no ratificación de poder por parte de Luz Mery Jiménez Montero.

La parte demandante, destaca las declaraciones recibidas dentro de las investigaciones penales adelantadas en contra del Capitán Edgar Espinosa y otros, cuya

copia fue allegada en esta instancia, para concluir la existencia de la falla en el servicio.

Para el agente del Ministerio Público, la sentencia apelada debe revocarse para acceder a las pretensiones invocadas en la demanda, por cuanto en el proceso penal, cuyas copias obran en éste, las fuerzas militares reconocieron que fueron éllos quienes dispararon el mortero que ocasionó las heridas a los demandantes, hecho que se dio debido a una falta de previsión y cuidado por parte del personal militar.

Concluyó que el estado es administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados a los demandantes y que por tanto debe indemnizarlos.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

Sea lo primero advertir que la sentencia recurrida habrá de revocarse en virtud de que la Sala encontró en el asunto sub-lite se hallan reunidos los supuestos que comprometen la responsabilidad de la administración en aquel accidente, que se tradujo en un daño antijurídico a la integridad física de los demandantes, cuya reparación correrá a cargo de la Nación - Ministerio de Defensa.

La Sala se refiere en primer término a aquellos vicios formales que la demandada le imputa a la demanda, en los alegatos de conclusión presentados en ambas instancias. Se alegó que la demanda no estaba en forma, porque no se hizo una estimación razonada de la cuantía. En el capítulo de cuantía de la demanda, se anotó que la pretensión de cada demandante valía por lo menos $943.000, porque devengaban el salario mínimo, más 2000 gramos oro. Si bien es cierto que este no es precisamente un modelo de como debe hacerse la estimación razonada de la cuantía, esa estimación debe ser extremadamente grotesca como ara que no se pueda determinar cuál puede ser la cuantía. Además dentro de los poderes correctivos que le corresponden al Juzgador está el de hacer notar la deficiencia y señalar un término de cinco (5) días para que lo subsane, pero al comienzo, por consiguiente si no se hizo uso de ese poder en su momento y la demandada tampoco lo excepcionó, resultaría exagerado hoy entrar a abstenerse de proferir sentencia de mérito por ese prúrito.

También destaca la parte demandada que Luz Mery Jiménez Montero, cuyo poder fue conferido por sus padres porque a la presentación de la demanda era menor de edad, no ratificó el poder, cuando alcanzó la mayoría de edad. La capacidad procesal para comparecer al proceso, es un aspecto que debe estudiarse al momento precisamente de acceder a la litis y si para entonces resulta satisfactoria como en el caso de autos, dado que los representantes legales otorgaron el poder a nombre de su menor hija Luz Mery Jiménez Montero, dicha legitimación perdura a lo largo de todo el proceso.

La realidad como ocurrieron los hechos, se halla clara y suficientemente documentada en el acervo probatorio, del que se deriva la responsabilidad estatal por la

falla o falta presunta de servicio, que debe aplicarse en el caso, puesto que el daño se ocasionó con el ejercicio de una actividad peligrosa, por tanto las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar.

Con los testimonios recibidos por el *a-quo*, se estableció que los demandantes resultaron lesionados al hacer explosión un artefacto disparado por miembros de las fuerzas militares que estaban realizando prácticas en la región. Esta prueba es suficiente para establecer la existencia de la falla presunta, y por tanto declarar la responsabilidad estatal. Además no puede dejarse de lado el hecho de que los demandantes resultaron lesionados con armamento que en Colombia es de uso privativo de las fuerzas armadas, en consecuencia, si ese mortero que ocasionó el daño no fue usado por personal militar, era a la demandada a quien correspondía la carga de probar tal circunstancia.

A petición de la parte actora y de acuerdo a lo autorizado por el artículo 212 del C.C.A., modificado por el Dto. 2304/89, Art. 51, inciso 4o., en esta instancia se solicitó al Señor Comandante de la Segunda Brigada del ejército nacional, la copia del proceso penal que se adelantó contra el CT. Edgar Espinosa Cárdenas por las lesiones personales sufridas por los aquí demandantes el 31 de agosto de 1988. Las copias, correspondientes al sumario No. 1332 y que obran en el anexo No. 1, empiezan con un informe del Capitán Edgar Espinosa Cárdenas al comandante del batallón La Popa, en el que da cuenta de los hechos que originaron esta demanda, en los siguientes términos:

> "Por medio del presente me permito informar a mi Coronel sobre el accidente, cuando se efectuaban Tiro de Artillería en la Batería de 120 m.m. en el cual resultaron heridos tres particulares, así:
>
> "El día miércoles 31 de Agosto de 1988, aproximadamente a las 17:00 horas y en momentos en que la Batería se disponía a efectuar un tiro con Mortero de 120 m.m., para reparar la demostración a presentar en la Revista de Instrucción, se disparó una granada tipo PEPA, de acuerdo a los datos ordenados por el Centro Director de Tiro (CDT), la cual cayó contrario a lo previsto en predios de una finca, colindante con el Grupo de Caballería Mecanizado No. 2 "RONDON", lo que causó heridas de gravedad en las extremidades inferiores a los articulares LUZ MERY JIMENEZ MONTERO, de aproximadamente 16 años de edad, a MARIA JOSEFA EPIAYU MARJUEZ, 40 años de edad aproximadamente y el señor HILMAR ROJAS RAMIREZ de 30 años de edad aproximadamente".

No queda ninguna duda de que el hecho que produjo el daño, fue cometido por personal del ejército, con el ejercicio de una actividad peligrosa, en consecuencia la Nación es administrativamente responsable, por falla presunta en el servicio, sin que se hubiera establecido o siquiera alegado la existencia de algún eximiente de responsabilidad que la exonera de pagar los daños reclamados.

PERJUICIOS.-

Los demandantes Luz Mery Jiménez Montero, María Josefa Epiayú y Jose Hilmar Rojas Ramírez, piden que la demandada sea condenada a pagarles los perjuicios morales y materiales sufridos con ocasión de las lesiones personales que les fueron inferidas el 31 de agosto de 1988. La situación de cada uno de ellos era objeto de análisis por separado.

A) Luz Mery Jiménez Montero.

Conforme a la certificación expedida por el Jefe Seccional de Medicina Legal de Valledupar (fl. 59, del cuaderno Principal), las heridas le ocasionaron una incapacidad definitiva de 90 días una perturbación funcional permanente del órgano de la locomoción.

Como perjuicios materiales, se le reconocerá la incapacidad definitiva de 90 días, liquidada con base en el salario mínimo vigente en 1988, o sea la suma de $25.637,40, para un total de $76.912,20, actualizada la fecha de esta sentencia, con la fórmula:

$$Ra = \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice Inicial}}$$, de donde Ra es la renta

actualizada, R: es la renta histórica, indice final, es aquel vigente a la fecha de esta sentencia (260.57); índice inicial, el que regía el 31 de agosto de 1988, cuando ocurrieron los hechos (94.00):

$$Ra = 76.912,20 \quad \frac{260.57}{94.00}$$

Ra = 76.912,20 X 2.772021276

Ra = $213.202,25

A título de perjuicios morales, se le reconocerá el equivalente en pesos a 800 gramos oro, puesto que como secuelas presenta una perturbación funcional permanente del órgano de la locomoción.

B) MARIA JOSEFA EPIAYU.

Es cierto, como lo anota la demanda en sus alegatos de bien probado, que esta demandante, en el trámite de este proceso, no se presentó en la oficina seccional de Medicina Legal, a fin de que se dictaminara sobre sus lesiones, pero en las copias del proceso penal, (fls. 90, 133 y 153 del anexo 1), reposan los dictámenes del Instituto

de Medicina Legal seccional Valledupar en los que se le dictaminó una incapacidad definitiva de 90 días. En esa época no fue posible determinar si se presentaba o no, deformidad corporal física corporal permanente. A pesar de no haberse demostrado la consecuencia patrimonial por la incapacidad diagnosticada, por la seccional de medicina legal de Valledupar, respecto a la señora MARIA JOSEFA EPTAYU, por el término de 90 días, lo cierto es que élla se dedicaba a actividades y labores domésticas en pleno ejercicio de su capacidad laboral por lo que siguiendo la orientación jurisprudencial de que quien trabaja y no prueba sus ingresos, tiene derecho a que se le reconozca el salario mínimo, así se procederá como en los otros casos, tomando en cuenta que el monto de éste en 1988 era de $25.637,40. Debe tenerse en cuenta que el artículo 25 de la Constitución Nacional, consagró el trabajo no sólo como un derecho, sino al mismo tiempo como una obligación, luego lo normal es presumir que se cumple, y si trabaja, tiene derecho a la contraprestación que como mínimo, es el salario mínimo.

En este orden de ideas, la incapacidad de 90 días certificada a la señora MARIA JOSEFA EPIAYU corresponde a la suma de $76.912,20 lo que se actualiza a la fecha de esta sentencia, como la fórmula:

$$Ra = R \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$; de donde Ra, es la renta

actualizada; R, la suma a actualizar; indice final, es el vigente a esta fecha (260,57); e índice inicial, el que regía de agosto de 1988 (04.00).

$$Ra = 76.912,20 \frac{260,57}{94.00}$$

Ra = 213.202,25

Como perjuicios morales por las lesiones sufridas, se le reconocerá el equivalente en pesos, a quinientos (500) gramos de oro, menos que a los otros demandantes, porque la situación resulta aquí menos aflictiva.

C) JOSE HILMAR ROJAS RAMIREZ

La misma seccional de Medicina Legal (fls. 46 y 47 del cuaderno principal), certificó que la lesión producida por artefacto de fragmentación le da a Jose Hilmar Rojas R, una incapacidad definitiva de 30 días y que como secuela presenta una perturbación funcional permanente del órgano de la digestión (incompetencia de esfínter anal). La incapacidad definitiva se le liquidará con el monto del salario mínimo de 1988, o sea la suma de $25.637 por cuanto las versiones de los testigos dan cuenta de que Rojas Ramírez, trabajaba como Labriego en las fincas de la región y no se demostró en el proceso que devengara una suma superior.

Esta suma se actualizará a la fecha de esta sentencia, con la fórmula:

$$Ra = R \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice Inicial}}$$,de donde Ra: Renta actualizada; R,

es la renta histórica, índice final, es el vigente a la fecha de esta sentencia (260.57) e índice inicial, el que regía el 31 de agosto de 1988 (94.00) cuando ocurrieron los hechos.

$$Ra = 25.637,40 \frac{260.57}{94.00}$$

Ra = 25.637,40 X 2.772021276

Ra = 71.067,41

Los perjuicios morales se le indemnizarán en el equivalente en pesos a UN MIL (1.000) GRAMOS DE ORO, perjuicios derivados de la perturbación funcional permanente del órgano de la digestión (Incompetencia del esfínter anal).

En este caso, tampoco hay lugar a condenar a título de lucro cesante, dado que el demandante no presentó disminución de la capacidad laboral, como se hizo constar en el mismo certificado.

En mérito de lo expuesto, al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley de acuerdo con el concepto fiscal:

FALLA

PRIMERO.- Revócase la sentencia apelada, esto es, la de 11 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

SEGUNDO.- Declárase a la Nación- Ministerio de Defensa, administrativamente responsable, de las lesiones sufridas por Luz Mery Jiménez Montero, María Josefa Epiayú y José Hilmar Rojas Ramírez, el 31 de agosto de 1988.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional a pagar:

a) Por perjuicios materiales a LUZ MERY JIMENEZ MONTERO, la suma de DOSCIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS DOS PESOS CON 25/100

($213.202,25); para MARIA JOSEFA EPIAYU, la suma de DOSCIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS DOS PESOS CON 25/100 ($213.202,25) y para JOSE HILMAR ROJAS RAMIREZ la suma de SETENTA Y UN MIL SETENTA Y SIETE PESOS CON 41/100 ($71.067,41).

b) Por perjuicios morales, a LUZ MERY JIMENEZ MONTERO, el equivalente en pesos a OCHOCIENTOS (800) GRAMOS DE ORO FINO; para MARIA JOSEFA EPIAYU, el equivalente en pesos a QUINIENTOS (500) GRAMOS DE ORO FINO y para JOSE HILMAR ROJAS RAMIREZ, el equivalente en pesos, a OCHOCIENTOS (800) GRAMOS DE ORO FINO.

CUARTO.- Las sumas liquidadas por perjuicios morales y materiales, devengarán intereses durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios de ahí en adelante.

QUINTO.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

SEXTO.- Con el objeto de que se de cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán copias de las sentencias, con constancia de su ejecutoria, destinadas a las partes, para los fines previstos en el art. 115 del C.P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Arma **Oficial/FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA**-Retenes

Los retenes policiales no pueden ser patíbulos de ejecución para quienes, por inadvertencia o por temor (hoy más que nunca justificado ante los "retenes" de la delincuencia organizada vestida con uniformes militares) desacaten la orden de detenerse para una requisa. El temor de los automovilistas que transitan por las vías nacionales, pueden en cierto grado justificar o atenuar el desacato que eventualmente pueda presentarse, pero en ninguna forma justifica disparar a matar a quien no acate la orden de "pare" impartida desde un retén, muchos de ellos instalados sin la debida señalización. Aquí la autoridad debe dar un gran ejemplo y no rebajarse al nivel de los delincuentes. Aunque fuera cierto que el vehículo se les vino encima -a los militares- desacatando la orden de "alto" pasado, el peligro no tenían por qué cobrar, vindicativamente, la agresión, antecedente o el desacato.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Santafé de Bogotá D.C. Diciembre diez y seis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Ref. Expediente No. 7638.- Consulta.- Actor : MARIA AMPARO GALVIS CASTRO

Procede la sala a conocer en grado de consulta la sentencia dictada el 11 de junio de 1992 por el tribunal administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

"1o.- Declárase administrativamente responsable a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa- por la muerte de Julio Hernán García Fonseca, en hechos ocurridos en Santafé de Bogotá D.C. el día quince (15) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

"2o.- Condénase a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa- a pagar perjuicios morales a María Amparo Galvis Castro, y Johnbrynner García Galvis, la suma equivalente a un mil (1.000) gramos oro, para cada uno, conforme al valor que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"3o.- Condénase a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa- a pagar Amparo Galvis Castro, la suma de dos millones cuatrocientos sesenta y siete mil trescientos noventa y un pesos con sententa centavos ($2'467.391.70) actualizables como se dice en la parte motiva.

"4o.- Condénase a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa- a pagar a Johnnbrynner Hernán García Galvis, la suma de un millón ciento noventa mil diez y ocho pesos con cinco centavos ($1'190.018.05) mcte actualizables como se dice en la parte motiva.

"5o.- Para el cumplimiento del fallo dése aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"6o.- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

"7o.- Si no fuere apelada, consúltese con el H. Consejo de Estado".

En la demanda presentada el 26 de enero de 1990 se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el día 15 de abril de 1988, entre las 7:30 y las 8 p.m., fue ultimado a balazos por miembros del ejército nacional el señor Julio Hernán García F. en momentos en que conducía un automóvil en la carrera 103 con la calle 25, en compañía de los señores Manuel Barreto y Pastor Sánchez.

2) Que la muerte de García se debió al comportamiento irresponsable de los agentes del orden, quienes cumplían operativo que no tenía que ver con el occiso y habían montado un retén.

3) Que García era una persona honesta, trabajadora, de quien dependían su hijo Johnbrynner Hernán Galvis y su compañera y madre del menor, María Amparo Galvis Castro.

Cumplido el trámite propio de la primera instancia, el a-quo decidió en la forma indicada atrás. Y como las partes se conformaron con lo así decidido, se envió el asunto en grado de consulta a esta corporación.

Evacuado el procedimiento propio del mencionado grado de jurisdicción, es oportuno decidir.

Para ello, se considera:

Las partes están legitimadas en causa. A este respecto pueden verse los certificados y las citas que obran a folios 13 y siguientes del cuaderno principal y los testimonios a folios 22 y siguientes del c. #2. .

Para la sala la sentencia será confirmada porque hace suya la perspectiva que manejó el tribunal, ya que el caso puede subsumirse dentro del régimen de la responsabilidad presunta y porque no se probó ninguna de las causales que dicho régimen establece como exoneración, sea la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho, también exclusivo y determinante, de un tercero.

Aunque el proceso podía dar pie a pensar que se dio la culpa de la víctima y esto con base en las decisiones penales que exoneraron de responsabilidad a los agentes que intervinieron en el retén, dicho extremo no se comprobó adecuadamente y su prueba no puede limitarse al dicho de los militares involucrados en la investigación, quienes en su indagatoria, sin juramento como es obvio, y sin la obligación de declarar contra sí mismos, no iban a cometer la torpeza de confesar su ligereza y con ella su posible condena penal.

La sala una vez más quiere insistir y recordar que los retenes policiales no pueden ser patíbulos de ejecución para quienes, por inadvertencia o por temor (hoy mas que nunca justificado ante los "retenes" de la delincuencia organizada vestida con uniformes militares) desacaten la orden de detenerse para una requisa.

Se hace esta advertencia porque el temor de los automovilistas que transitan por las vías nacionales, puede en cierto grado justificar o atenuar el desacato que eventualmente pueda presentarse, pero que en ninguna forma justifica disparar o matar a quien no acate la orden de "pare" impartida desde un retén, muchos de ellos instalados sin la debida señalización.

Aquí la autoridad debe dar un gran ejemplo y no rebajarse al nivel de los delincuentes. Existen medios civilizados para lograr su cometido por parte de aquella y en esos medios (disparar bajo, a las llantas, por ejemplo) la pena de muerte no cabe, así sea mucha la zozobra y el miedo que también pueden vivir los militares.

La orden de disparar ante el desacato en un retén parece que está haciendo carrera. Y decisiones como ésta precisamente tratan de evitar que se vuelva patente de corso.

Por lo demás, no es creíble la versión de que los agentes tuvieron que disparar por "la presentación" del vehículos (cuál?) y porque éste fue acelerado y se les vino

encima. Y no lo es porque ninguno de los agentes resultó lesionado ni siquiera en forma leve. La coartada, como configurativa de una legítima defensa subjetiva, se cae por su base porque la reacción de la autoridad que dice tuvo que defenderse no fue proporcionada a la agresión y tampoco existe la prueba, que corría a cargo de la nación, de que los agentes se vieron en la necesidad "de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual inminente".

Muestran las pruebas, por el contrario, que los agentes del orden dispararon cuando el vehículo cuando el vehículo los había sobrepasado. Por esta razón aunque fuera cierto que el vehículo se les vino encima desacatando la orden de "alto", pasado el peligro no tenían porque cobrar, vindicativamente, la agresión antecedente o el desacato; circunstancia que borra o hace desaparecer la coartada exculpativa alegada.

No; los mismos agentes dan a entender en su declaración que le dispararon al vehículo una vez pasó por el retén y que era sospechoso porque estaba destartalado. Cuál legítima defensa, se pregunta la sala? Nada de esto, solo ligereza y falta de profesionalismo. Este hecho lo corroboran las declaraciones contestes de los señores Barreto Cubides Víctor M. y Pastor Sánchez, pasajeros del vehículo.

Tampoco es creíble que alguien con una pierna enyesada y con muletas, haya agredido a un pelotón de soldados y menos que le hubiera imprimido una velocidad excesiva a un vehículo en esas condiciones. Y pese a los esfuerzos de los militares por encuadrar la legítima defensa ni siquiera le encontraron armas a los pasajeros del Fiat de "sospechosa presentación".

Miedo y ligereza ante un vehículo que circulaba así porque estaba en proceso de reparación, precisamente en el taller de la víctima y que esa noche lo sacó para transportar al señor Barreto Cubides, quien tenía su auto de reparación en el mismo taller. (Ver declaraciones a folios 22 y siguientes).

Para la sala los testimonios de Barreto C. y Pastor Sánchez son serios y convincentes, contestes, sin dejar margen a dudas corroboran el dicho de los soldados que intervinieron en el operativo no solo en cuanto a que ellos fueron los autores de los disparos fatales, sino que estos se hicieron luego de que el vehículo sobrepasó el retén.

Además, y en esto coinciden los dos declarantes citados, ni siquiera oyeron la orden de alto que se les dio. Estos testimonios, unidos a los de los soldados, muestran mas bien una situación de prevención especial en los agentes del orden, un miedo que ya raya en lo patológico.

Los perjuicios

El tribunal condenó tanto perjuicios morales como materiales. A este respecto, observa:

Frente a los primeros no existe reparo alguno, ya que la condena se ajusta a la línea tradicional de la jurisprudencia.

Sobre los materiales tampoco existe reparo pero la condena se proyectará a la fecha de este fallo, tomando las sumas liquidadas por el a-quo como valor histórico. En este sentido se aplicará la fórmula Vp = Vh ind.f/ind. i o sea vh por el valor de los ordinales 3o y 4o; ind. f, índice final el vigente a la fecha de este proveído e índice i, índice inicial el vigente en mayo de este año de 1992.

Hechas las condenas quedarán así:

1.- Para María Amparo Galvis C.

Vh = 2'467.391.70

Indices: Mayo/92 = 243.87; Oct./92 = 260.57

$$Vp = \$2'467.391.70 \times \frac{260.57}{243,87}$$

Vp= 2'467.391.70 x 1.068479107

Vp= $2'636.356.48

2.- Para Jonnhbrynner Hernán García Galvis:

Vh = 1.190.018.05

Indices : Mayo/92 = 243.87; oct/92 = 260.57

$$Vh = 1.190.018.05 \times \frac{260.57}{243.87}$$

Vp = 1'190.018.05 x 1.068479107

Vp = $1'271.509.42

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Confírmase la sentencia de junio 11 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca en sus ordinales primero, segundo, quinto, sexto y séptimo.

Modifícanse los ordinales 4o y 5o, los que quedarán, en un solo así:

Condénase a la misma entidad a pagar por concepto de perjuicios materiales las siguientes sumas: a MARIA AMPARO GALVIS CASTRO DOS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS ($2'636.356.48); y a JOHNBRYNNER HERNAN GARCIA GALVIS UN MILLON DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL QUINIENTOS NUEVE PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS (1'271.509.42).

Expídanse las copias para su debido cumplimiento

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 15 de diciembre de 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

ACCION DE REPARACION DIRECTA/CADUCIDAD

Siendo que el hecho dañino tuvo ocurrencia en el año de 1987 (septiembre 25), y la caducidad establecida en el inciso 4o. del artículo 136 del mismo, sólo podía ser instaurada hasta el día 25 de septiembre de 1989, es decir, dentro de los dos (2) años subsiguientes, y no en la fecha en que se hizo (agosto 15 de 1991) cuando estaba vencido en demasía el término para ello.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Santafé de Bogotá D.C., Diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

REF.: EXPEDIENTE No. 7047 ACTOR: ROBERTO VARGAS BENITEZ

Mediante proveído de 30 de agosto de 1991 el tribunal administrativo de Córdoba inadmitió la demanda instaurada como de reparación directa por el actor, por haberse caducado la acción, para lo cual hizo el siguiente pronunciamiento:

> "Acorde con lo establecido en el art. 136 del C.C.A. con la modificación introducida por el decreto 2304 de 1989, la acción de reparación directa, que es la ejercida en el presente caso, caducará el vencimiento del plazo de dos años contados a partir de acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos".

> "Como la demanda fue presentada el día 16 de agosto de 1991 y los hechos según el libelista el día 23 de septiembre de 1987, significa que cuando ésta fue presentada, había transcurrido un lapso muy superior a los dos años y que consagra la ley como término para iniciar la acción".

"Como en el libelo de demanda sobre este punto el demandante estima que el fenómeno no se había producido en razón de que como existía un proceso penal, se presentaba el fenómeno de la perjudicialidad, razón por la cual dicho término se encontraba suspendido (por lo menos se infiere de su afirmación), y que además de acuerdo con los artículos 117 y 118 de la ley 33 de 1986 que reformó los artículos 261 y 262 del Decreto ley 1344 de 1970 Código Nacional de Tránsito, las acciones a que se refiere el artículo precedente prescriben en cinco (5) años contados a partir de la ocurrencia del hecho y se interrumpen con la presentación de la demanda".

"Que aunque la norma habla de prescripción, realmente se refiere es a la caducidad".

"Es evidente que las normas sobre caducidad en general las reglamenta íntegramente el Código de lo Contencioso Administrativo para el ejercicio de las acciones consagradas en dicho código. Luego es especial dicha reglamentación y mal puede pensarse en una caducidad diferente consagrada en norma distinta y si ello es así, es obvio, que las normas aplicables son las del Código Contencioso Administrativo".

El fundamento del recurso lo expone el recurrente en la siguiente forma:

"1.- Como en el propio cuerpo de la demanda se ilustró, una de la causa petendi de la demanda fue la alegación de la culpa personal y grave del dependiente o empleado del ente público.- Sobre la conducta o actuar del subordinado se adelantó investigación penal que finalizó mediante SENTENCIA CONDENATORIA proferida recientemente. Desde la ejecutoria de dicho proveído debe computarse el término de caducidad de la acción contencioso administrativa, pues, en vista o presencia de la causa pretendi en comento, lo resuelto en el proceso penal era determinante, toda vez que de resultar absuelto el demandado, se aclara, el sindicado no habría lugar a esta causa pretendi, por disposición expresa del C. de P.P.".

"2.- De otro lado, cabe señalar que en el evento subexámine el daño reclamado tuvo por causa ACCIDENTE DE TRANSITO. Para tal eventualidad existe norma especial que en el capítulo de caducidad enseña que el término para accionar contra ente privado o **público** es de CINCO (5) AÑOS. Dada o vista la especialidad de la causa, arguyéndose ella explícitamente, resulta consecuente dar o atribuir primacía a esta normal especial, sobre la general o la que en general señala para los demás casos en abstracto el término de alusión. Pues no se ventila directamente una falla en el servicio, SINO la culpa grave y personal del subordinado en ejercicio de ACTIVIDAD PELIGROSA, que tiene su propio y peculiar régimen aplicables a los entes públicos por expreso mandato legal, a los o, se aclara, normas mencionadas en la parte pertinente de la demanda. EN GRACIA DE LA BREVEDAD ME REMITO A ESTE APARTE DE LA DEMANDA. TENGASE POR PRODUCIDO AQUELLOS CONCEPTOS Y NORMAS PERTINENTES".

Para resolver, se considera:

1.- El Título IV "SANCIONES" del Código Nacional de Tránsito regula en su Capítulo VI, artículos 249 y 251, las actuaciones que debe asumir la policía de tránsito y la vial en casos de infracciones o colisiones vehiculares que puedan llegar a constituir alguna infracción penal, remitiendo el accionar al C. de P.P., en el caso en que dichos agentes asuman atribuciones o deberes de policía judicial; y al C. de P.C., para el trámite de los procesos en que por daños a personas, vehículos, cosas o animales, se pretenda un resarcimiento.

En el mismo Título, el artículo 258 del Capítulo IX, se establece una caducidad de seis (6) meses para la acción que debe intentarse en relación o como consecuencia de una contravención a las normas de tránsito, interrumpida ésta sólo por la audiencia.

En la misma forma, el Capítulo X regla todo lo concerniente a Seguros y Responsabilidad, de la siguiente forma:

> "Art. 259, sobre el seguro obligatorio por daños a personas causados en accidente de tránsito; en este evento "**el perjudicado tendrá acción directa contra el asegurador**" (subraya la Sala)".
>
> "Art. 260, que determina la obligación de toda aseguradora que opere en el ramo de automotores, en el otorgamiento de la póliza correspondiente".
>
> "Art. 261, que versa sobre la responsabilidad por el hecho ajeno derivada del ejercicio de actividades peligrosas como la conducción vehicular, de la cual no se exime a las personas de derecho público o privado, pero que es liberable mediante prueba de la existencia de causa extraña".
>
> "Art. 262, que consagra una "**prescripción**" de 5 años a partir del hecho dañino, interrumpible con la presentación de la demanda.

2.- De lo visto, es evidente y con toda claridad se infiere que lo reglado se refiere a las actuaciones ante la justicia ordinaria (penal o civil), a la cual remite, y por ende, tiene relación con el accionar que ante ella se impone.

3.- La diferencia sustancial entre los vocablos "caducidad" y "prescripción", ha sido dilucidada jurisprudencialmente tanto por la Corte Suprema (sentencia octubre 1/84) como por esta Corporación (sentencias de septiembre 28/61, octubre 11/63; junio 24/76 entre otras), de las que vale la pena destacar la segunda, en la cual se dijo:

> "Es oportuno deslindar las nociones de caducidad y prescripción porque si bien el C.C.A. emplea indistintamente esos términos cuando se trata del primero de estos fenómenos jurídicos, ello contribuye a aclarar la diferencia que existe entre el derecho subjetivo reclamado y el derecho a ejercitar la acción establecida para deducirlo en juicio. La prescripción se predica propiamente a los derechos subjetivos, y la caducidad de las acciones que se instituyen para

impetrar ante la jurisdicción competente su protección y operancia; la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones. Y es obvio que los términos para el ejercicio de las acciones civiles deducibles ante la jurisdicción ordinaria rijan lo concerniente a ella, en tanto que las acciones de naturaleza administrativa que promueven contenciones ante la respectiva jurisdicción se subordinen a los plazos prefijados en las normas que regulan el modo de hacer efectiva la responsabilidad del estado cuando un acto, hecho u omisión suyos, actuando en función de autoridad o de servicio oficial, lesiona un derecho particular. En cualquiera de estas hipótesis se trata de que se declare a indemnizar el perjuicio consiguiente" (Anales 2o. Semestre 1963, pág. 265)".

De todo lo anteriormente expuesto, se colige que lo pretendido por el actor no puede tener prosperidad; por el contrario, le asiste toda la razón al a-quo en la inadmisión que la demanda hizo por caducidad de la acción, pues siendo que el hecho dañino tuvo ocurrencia en el año de 1987 (septiembre 25), la demanda según las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo y la caducidad establecida en el inciso 4o. del artículo 136 del mismo, sólo podía ser instaurada hasta el día 25 de septiembre de 1989, es decir, dentro de los dos (2) años subsiguientes, y no en la fecha en que se hizo (agosto 15/91) cuando estaba, vencido en demasía el término para ello.

Por lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado,

RESUELVE

Confírmase el auto apelado.

Ejecutoriado que quede este, vuelvan las diligencias al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que este auto fue estudiado por la sala en su sesión del día 11 de diciembre de 1992.

Daniel Suárez Hernández; Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

SECCION CUARTA

DEUDA CON CASA MATRIZ/PATRIMONIO PROPIO/VINCULACION ECONOMICA/CASA MATRIZ/SUCURSAL

Si bien la Ley 81 de 1960, que en su Artículo 73, en armonía con las reglas mercantiles y la jurisprudencia del Consejo de Estado, había dispuesto , para efectos fiscales, tener "como patrimonio propio de las agencias, sucursales, filiales o compañías con negocios en Colombia" las demás de éstas "con sus casas matrices, extranjeras" fue derogada por el Decreto 2053 de 1974, lo cierto es que el Artículo 49 parágrafo 2o. inciso final de este Decreto dijo que las disposiciones del Código de Comercio tocantes a la vinculación económica entre sociedades, sucursales y agencias, serían "aplicables en materia tributaria en todo lo que fuere pertinente" lo que implicaba ciertamente mantener incólumes las normas y principios que habían inspirado al legislador de 1960.

CONTRATO DE PETROLEOS/SOCIEDAD EXTRANJERA

El hecho de que el Artículo 10 del Código de Petróleos, exija a las compañías con domicilio principal en el exterior que proyecten celebrar contratos sobre petróleos en Colombia, el cumplimiento de ciertas formalidades para la constitución de "una casa o sucursal" y diga que tal "casa" será considerada como colombiana para los efectos nacionales, e internacionales, relación con estos contratos y los bienes, derechos y acciones sobre que ellos decaen, evidentemente no desvirtúa el carácter probado de simple sucursal de sociedad extranjera. Contrariamente el aludido Artículo reafirma que la regla de la sujeción de "casas o sucursales" a las Leyes tributarias y mercantiles del país, sin lugar a que pueda entenderse "sociedad» donde dice "casa" o "sucursal" dada la definición de "sociedad extranjera" que trae el Artículo 169 del Código de Comercio.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Santa fé de Bogotá D.C. Octubre dos de mil novecientos noventa y dos.

Ref.: Radicación 3885. Apelación sentencia de 15 de Julio de 1991 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta por el año de 1982. Actor: Milchem Western Hemisphere, Inc. FALLO.

Magistrada Ponente: Dra. *Consuelo Sarria Olcos*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por Milchem Western Hemisphere, Inc., la actora, contra la sentencia de 15 de Julio de 1991, desestimatoria de la súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento promovido contra los actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1982, a saber: la liquidación de revisión No. 047 de 10 de Febrero de 1986 y la Resolución No. 180 de 14 de Septiembre de 1987, expedidas por las Unidades de Liquidación y Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Mediante requerimiento especial No. 288 de 17 de Octubre de 1985 la Administración propuso modificar a través de liquidación de revisión, la liquidación privada, rechazando la cantidad de $7.711.257 correspondiente a diferencias de cambio y un pasivo a favor de la casa matriz en cuantía de $353.896.329.

La sociedad actora respondió el requerimiento oponiéndose a los rechazos planteados por la Administración, debido a que no existía norma legal vigente que ordenara que las deudas de una sucursal con su casa matriz extranjera deben ser consideradas como patrimonio.

La Administración practicó la liquidación de revisión No. 047 de 10 de Febrero de 1986, rechazando la suma de $7.822.257 correspondiente a diferencias de cambio de cambio y la suma de $353.896.329 por concepto de un pasivo a favor de la casa matriz.

La sociedad actora interpuso oportunamente recurso de reconsideración mediante memorial presentado el 9 de Abril de 1986 y la Administración lo decidió en forma contraria a las pretensiones de la sociedad mediante la Resolución No. 180 de 14 de Septiembre de 1987, confirmando la liquidación de revisión, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Las normas violadas y el concepto de la violación se resumen así:

1. Artículos 30 y 54 del Decreto 2053 de 1974. La actora se ajusta a las normas anteriores, que preven que los ajustes por diferencia de cambio en moneda extranjera deben realizarse para reflejar al fin del ejercicio el valor real del 3, pasivo correspondiente a mercancías compradas a crédito en moneda extranjera y provenientes del exterior. Los funcionarios de la administración desconocieron tales normas.

2. Artículo 143 del Decreto 2053 de 1974. Cuando la actora presentó su declaración por el año gravable de 1982, "...las deudas y pasivos con su casa matriz le debían ser reconocidas pues no existía norma legal en contrario, la administración de Impuestos Nacionales de Bogotá... reconoce que jurídicamente esto es así, pero..... rechaza a MILCHEM sus pasivos y deudas con la casa matriz..."(folio 13).

3. Artículos 43 y 75 de la Constitución Nacional y 1o. de la Ley 52 de 1977. Los actos Administrativos acusados violan las anteriores normas, porque se fundamentan únicamente "...en un concepto de un funcionario de impuestos en el cual se crean tributos de manera ilegal a cargo de un contribuyente..."

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda con base en los siguientes planteamientos:

- La sociedad actora es Sucursal de Milchem Western Hemisphere, Incorporated, formando así con ésta "....un mismo entre jurídico que no puede deberse así mismo". (folio 99).

- Con relación a la ausencia de norma que regulara el punto en el momento en que se solicitaron los pasivos, el Tribunal transcribió el comentario del tratadista Alejandro Ramírez Cardona contenido en libro de Derecho Tributario, Editorial Temis, Cuarta Edición, pág. 199, donde manifiesta: "....los pasivos de las sucursales, agencias y o filiales con sus casas matrices en el exterior, debían considerarse patrimonio propio de aquéllas por no ser sujetos independientes de éstas, aún desde el punto de vista del derecho comercial". (folio 100).

EL RECURSO DE APELACION:

El apoderado de la parte actora fundamentó el recurso de apelación así:

- El rechazo al costo de ventas por diferencia en cambio en cuantía de $7.711,257 es ilegal. En el período gravable de 1982, no existía norma legal vigente que ordena-

ra que las deudas de una sucursal con su casa matriz extranjera debían considerarse como patrimonio.

- Para el período gravable de 1982, la norma aplicable no era el Artículo 73 de la Ley 81 de 1960, porque con ocasión de la reforma tributaria de 1974, el Decreto 2053 en su Artículo 143 derogó la disposición anterior.

-Para los efectos del Código de Comercio la sucursal y la casa matriz son una misma persona jurídica, refiriéndose, claro está, a las sociedades anónimas nacionales con relación con las sucursales establecidas en el territorio nacional. A diferencia de lo anterior, las sucursales de compañías extranjeras, para todos los efectos legales constituyen un ente diferente de su casa matriz.

-En el caso presente, se trata de una sucursal de una compañía extranjera dedicada a la industria del petróleo, que de acuerdo con el Decreto-Ley 444 de 1967 sólo puede obtener fondos con préstamos de su casa matriz, a quien le adeuda el valor de las importaciones que realice con licencias no reembolsables.

-La misma administración de Impuestos Nacionales ha reconocido que las deudas de una sucursal de una compañía de petróleos con su casa matriz constituyen un pasivo real. Para tal efecto cita la Resolución No. 00655 de 17 de octubre de 1985, que resuelve un recurso interdispuesto por la compañía AMOCO en donde "....se aceptó el planteamiento presentado por el contribuyente para desvirtuar la comparación de patrimonios con la prueba de que correspondía a importaciones de divisas y mercancías enviadas por su casa matriz.... el incremento de la deuda con la casa matriz es causa justificativa del aumento patrimonial....." (folios 122 y 123).

-Finalmente indica que con relación al reconocimiento de las deudas de la Sucursal con su casa matriz, este aspecto fue aceptado por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en providencia de julio 12 de 1985, expediente 7927.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El apoderado de la parte actora insiste en los argumentos planteados en la sustentación del recurso de apelación.

La apoderada de la parte demandada se opone a la prosperidad del recurso indicando:

-Para el período gravable en discusión (1982), no existía norma específica aplicable al caso presente. No obstante, la legislación civil establece que "....las sucursales de sociedades extranjeras son establecimientos de comercio a través de las cuales éstas pueden desarrollar su actividad:... las sucursales carecen de entidad propia y de distinta personalidad jurídica a la de sus principales.... por lo que no pueden disociarse en entes independientes y separados....." (folios 140 y 141).

- Finalmente manifiesta que el Consejo de Estado, con apoyo en los Artículos 469 y 471 del Código de Comercio pronunció indicando que la sucursal y la principal son una misma persona jurídica, por tanto las deudas de la sucursal con la casa matriz, con capital de la principal. Sentencia de 10 de mayo de 1991, expediente 2723, Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn, actor: Sociedad Santa Fe Petroleum Service And Supply Corpo.

EL CONCEPTO FISCAL:

La señora Fiscal Sexta de la Corporación conceptúa que la sentencia apelada merece ser confirmada.

-De acuerdo con lo establecido por el Artículo 263 del Código de Comercio, la sucursal hace parte de la sociedad de la cual se deriva, no configura un ente independiente que la faculte para adquirir obligaciones en forma autónoma.

-Aunque la provisión de recursos o suministro de materiales que realiza la matriz sea registrada en la contabilidad de la sucursal como pasivo de ésta en favor de aquélla, es obvio que frente a tercero y frente al fisco, tal provisión de dinero o de materiales forma parte del patrimonio de la sociedad.

-No obstante que para el año gravable de 1982 no existía norma que indicara que los pasivos de la sucursal con la matriz hacen parte del capital, la derogatoria de la Ley 81 de 1960 no autoriza una interpretación diferente a la establecida con anterioridad, porque la sucursal sigue siendo parte de la matriz.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La sucursal cuya casa principal, como en el asunto en controversia se halla en el exterior, no forma un ente aparte; integra con ésta una sola persona jurídica, por su estructura institucional, operativa y contable como por la composición de su capital, de donde, las deudas contraídas con la segunda o con agencias, sucursales o filiales suyas situadas, o no, en país extranjero, se deben entender necesariamente constitutivas de patrimonio propio común.

Deriva esto, no propiamente de un "concepto" oficial, según lo pretende la demandante, sino, en otras disposiciones del Código de Comercio, del Artículo 261, inciso último, que presume la "vinculación" de dos o más sociedades porque existan, "intereses económicos, financieros o Administrativos entre ellas, comunes o recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia"; del 263, que define las "sucursales"; del 469, que da la noción de sociedad extranjera; del 471, que señala los requisitos para que la sociedad extranjera pueda emprender negocios en territorio nacional; del 427, numeral 2o., y 475 que, respectivamente, exigen precisar, "el mon-

to del capital asignado (por la principal) a la sucursal", y probar que el mismo ha sido cubierto; y del 487, sobre aumento o reducción del capital de la principal extranjera, destinado a sus negocios en Colombia.

Si bien la Ley 81 de 1960, que en su Artículo 73, en armonía con las enunciadas reglas mercantiles y la jurisprudencia del Consejo de Estado, había dispuesto, para efectos fiscales, tener "como patrimonio propio de las agencias, sucursales, filiales o compañías con negocios en Colombia", las deudas de éstas "con sus casa matrices, extranjeras", fue derogada por el Decreto 2053 de 1974, lo cierto es que el Artículo 49, parágrafo 2o., inciso final, de este Decreto, dijo que las disposiciones del Código de Comercio tocantes a la vinculación económica entre sociedades, sucursales y agencias, serían "aplicables en materia tributaria en todo lo que fuere pertinente", lo que implicaba, ciertamente, mantener incólumes las normas y principios que habían inspirado al legislador de 1960.

No cabe, pues, el supuesto de que por la época en que se declaró, o fiscalizó y glosó, el pasivo discutido, no existiera "ninguna norma legal tributaria vigente" en el punto, o de que las disposiciones del Código de Comercio en la materia estuvieran referidas solo a "las sociedades anónimas nacionales en relación con las sucursales establecidas en el territorio nacional, porque tales distingos no se hacen dicho estatuto mercantil, o en el Decreto 2053 de 1974, ni se conoce norma legal alguna que, por vía general, exonere a las sociedades extranjeras y sus agencias y sucursales en el país, del cumplimiento de la Ley nacional en el campo tributario o comercial.

Por otra parte, el hecho de que el Artículo 10, inciso 2o. del Decreto 1056 de 1953 (o Código de Petróleos), exija a las compañías con domicilio principal en el exterior que proyecten celebrar contratos sobre petróleos en Colombia, el cumplimiento de ciertas formalidades (como las previstas en el Artículo 471-1 del Código de Comercio) para la constitución de "una casa o sucursal", y diga que tal "casa", "será considerada como colombiana para los efectos nacionales, e internacionales, en relación con estos contratos y los bienes, derechos y acciones sobre que ellos recaen", evidentemente no desvirtúa el carácter probado de simple sucursal de sociedad extranjera de la demandante. Contrariamente, al aludido Artículo 10 reafirma la regla de la sujeción de "casas o sucursales" a las Leyes tributarias y mercantiles del país, sin lugar a que pueda entenderse "sociedad» donde dice "casa" o "sucursal", dada la definición de "sociedad extranjera" y, por exclusión, de "sociedad colombiana", que trae el Artículo 469 del Código de Comercio, entre otros preceptos posteriores, y las nociones sobre subordinadas, filiales, subsidiarias, sucursales y agencias de los Artículos 260 y siguientes, ib.

Finalmente, la cuestión resulta por la Sala en la "providencia de julio 12 de 1985," que se cita en el mismo escrito de apelación, decía relación con el incremento patrimonial de una filial de matriz extranjera, que, se halló justificado en razón de la compra de unas concesiones en Colombia, efectuada desde el exterior por la matriz, operación que aprecia "en la cuenta a favor de la casa matriz registrada en el Banco de la República". Con todo, de la circunstancia de que la diferencia patrimonial averiguada se hubiera tenido por demostrada con remisión a dicha cuenta, no se colige que a ésta se hubiera atribuido el carácter de pasivo fiscal; en la práctica, la

decisión estimatoria fue motivada por un acervo probatorio documental, integrado, fundamentalmente, por las escrituras de adquisición de las concesiones, donde la cuenta a favor de la matriz no era más que un elemento de referencia, dentro del criterio uniforme de que tal especie de "deudas" hacen parte del patrimonio de la empresa, solo por haberse realizado las adquisiciones desde el exterior, obviamente con rentas de fuente extranjera, debían justificar la diferencia patrimonial reportada en Colombia por la filial.

De hecho, las normas a la sazón aplicables, no solamente excluían la apertura de cuentas como la reseñada, sino que imponían el registro de sus factores en la Oficina de Cambios del Banco de la República, que es lo que se desprende de los Artículos 160 y 161 del Decreto 444 de 1967, en consonancia con los Artículos 106, 109, 113, 120, 122, 151, 153 y 155 ib., entre otros, toda vez que al Ministerio de Minas y Energía incumbía la revisión y aprobación previa de los respectivos contratos y el control de las inversiones y a la mencionada oficina, el registro de éstas y del movimiento total de las mismas.

La existencia de las cuentas en cuestión, pues, se justificaba solo como un requisito de control de cambios, pero sin la incidencia de pasivo fiscal que se ha pretendido atribuirles.

Sobre el carácter patrimonial que tienen las "deudas" de la sucursal con la principal, se pronunció claramente la Sala en sentencia de 10 de mayo de 1991, expediente #2723, con ponencia del Señor Consejero Carmelo Martínez Conn.

No está llamado a prosperar el recurso de que se conoce.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zarate. Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

APORTES PARAFISCALES -Naturaleza

Lo que la doctrina ha denominado "contribuciones parafiscales" que son especies tributarias con las cuales el Estado financia algunos servicios públicos que benefician a los propios contribuyentes, o a sus familiares o dependientes y que se encuentran a cargo de entidades descentralizadas de derecho público. Es indudable por tanto, que estas obligaciones son objeto del mismo tratamiento jurídico de los tributos que está regido por el principio de que "no hay tributo sin representación" consagrado en el Artículo 43 de la Constitución de 1886 y 338 de la Carta actual. De manera que al igual que para los tributos, el régimen de las contribuciones parafiscales del orden nacional es de origen legal; su creación, la definición de los presupuestos de hecho, su destinación, etc. corresponden al legislador.

CONCILIACION TRIBUTARIA -Improcedencia

Un análisis sano y desprevenido del Artículo 59 de la Ley 23 de 1991 nos conduce a una respuesta inmediata, es decir a que no procede conciliación tratándose de tributos. Con posterioridad se expidió el Decreto 2651 de 1991 con vigencia a partir del 10 de enero de 1992 y que regula la conciliación en materia contenciosa en los términos que contiene su Artículo 6o. del cual se concluye que se ha previsto el arreglo de la litis por mutuo acuerdo para controversias de naturaleza contractual o extracontractual y por ende están excluidos los impuestos.

Consejo de Estado. -Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta.

Ref.: Expediente No. 4259. Actor: Producciones Punch S.A.

Apelación auto de 18 de mayo de 1992 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos Administrativos que determinaron los aportes al Sena por los años 1986 y 1987. AUTO.

Santafé de Bogotá D.C., dos de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por Producciones Punch S.A., contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de mayo de 1992, mediante el cual se inadmitió la demanda por caducidad de acción.

1.- ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el apoderado de la parte actora presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda contra las Resoluciones 245 de 19 de enero de 1990 de la Dirección Regional del Sena, mediante la cual se fijaron los aportes a favor del Sena por las vigencias de 1986 y 1987 en la suma de $4.580.972; 246 de 29 de enero de la Subdirectora Administrativa del Sena, mediante la cual se fijaron los aportes a favor de la entidad por la vigencia de 1988 en la suma de $2.010.308; 417 y 418 de 22 de marzo de 1991 del Director Regional del Sena, mediante las cuales se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra las resoluciones 245 y 246, confirmándolas en todas sus partes y quedando así agotada la vía gubernativa.

2.- EL AUTO APELADO

El Tribunal en el auto apelado inadmitió la demanda por caducidad de la acción, porque ésta fue presentada el 1 de noviembre de 1991 cuando ya se encontraba vencido el términos de los cuatro (4) meses previsto por la Ley para ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Además considera *a-quo*, que de acuerdo con lo previsto en el parágrafo del Artículo 59 de la Ley 23 de 1991, "en los asuntos que versan sobre conflictos de carácter tributario, como es el presente, no procede en el trámite de conciliación prejudicial, respecto del cual, la parte actora no acredita que se hubiese iniciado o tramitado y cuáles fueron sus resultados." (fl. 86).

3.- EL RECURSO INTERPUESTO

El apoderado de la parte actora interpuso oportunamente recurso de apelación y lo sustentó así:

Los aportes al Sena, de conformidad con la jurisprudencia, la doctrina y la Ley tienen la naturaleza de "ingresos parafiscales", no de "impuestos" como lo afirma el Tribunal en el auto apelado.

La Fiscalía 12 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la conciliación y se abstuvo de resolver el recurso de reposición, obligando a la parte actora

".....a hacer valer el silencio Administrativo negativa y a presentar demanda el 1o. de noviembre de 1991, antes del plazo perentorio de sesenta (60) días establecido por la Ley 23 de 1991, con relación a la conciliación, evitando así la caducidad que ocurriría el 5 de noviembre de 1991". (fl. 94).

4.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el problema jurídico plantea tres cuestiones a resolver, las cuales se enuncian a continuación:

a- Si los aportes parafiscales deben recibir al momento de aplicar la ley, un tratamiento igual o similar al de los impuestos.

b.- Si es susceptible la conciliación extrajudicial en presencia de una controversia de carácter tributario y;

c.- Si como consecuencia de lo anterior, el tribunal *a-quo* obró correctamente en el caso presente al inadmitir la demanda argumentando la ocurrencia del fenómeno de caducidad.

En relación con el primero de los cuestionamientos, debe decirse, que la naturaleza de los aportes parafiscales no es idéntica a la de los impuesto aún cuando poseen elementos comunes, v. gr. la obligatoriedad; sin embargo difieren eso sí, en que los últimos, no tienen contraprestación directa y tangible para el contribuyente, mientras que las contribuciones se traducen en una utilidad potencial definida. Debe aclararse que ambos, impuestos y contribuciones parafiscales son especies del mismo género: Los tributos o contribuciones.

Hechas las precisiones del párrafo precedente, y para dilucidar el tratamiento jurídico de los aportes parafiscales traen, anteriores pronunciamientos de la Sala Contenciosa de esta Corporación, las cuales se enuncian a continuación:

> "Lo que la doctrina ha denominado "contribuciones parafiscales" que son especies tributarias con las cuales el Estado financia algunos servicios públicos que benefician a los propios contribuyentes, o a sus familiares o dependientes y que se encuentran a cargo de entidades descentralizadas de derecho público."

> "Es indudable por tanto, que estas obligaciones son objeto del mismo tratamiento jurídico de los tributos que está regido por el principio de que "no hay tributo sin representación" consagrado en el Artículo 43 de la Constitución de 1886 que disponía que en tiempo de paz, solamente el congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales podían imponer contribuciones, y,

con mayor claridad, en el Artículo 338 de Carta actual que dispone: "En tiempo de paz, solamente el congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales y parafiscales..."

"De manera que al igual que para los tributos, el régimen de las contribuciones parafiscales del orden nacional, es de origen legal; su creación, la definición de sus presupuestos de hecho, su destinación, privilegios, exoneraciones, sanciones, etc., corresponden al legislador o al ejecutivo, pero en función de legislador." (Expediente 2820, sentencia de 08 de abril de 1992. Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas. Acción de nulidad Artículo 88 Decreto 2388 de 1979).

Aún más el Artículo 338 de la Carta Política expresa lo siguiente:

"Artículo 338.- En tiempo de paz, solamente el congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

"La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

"Las Leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva Ley, ordenanza o acuerdo."

Para resolver el segundo interrogante esbozado la norma que prevé la conciliación en materia contenciosa administrativa, a saber, Artículo 59 Ley 23 de 1991, parágrafo dice:

"PARAGRAFO. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario."

Un análisis sano y desprevenido de la norma en referencia nos conduce a una respuesta inmediata a la pregunta esbozada, esto es, no procede la conciliación tratándose de tributos. Con posterioridad se expidió el Decreto 2651 de 1991 con vigencia a partir del 10 de enero de 1992 y que regula la conciliación en materia contenciosa en los términos que a continuación se enuncian:

"Art. 6o. En todos los procesos a los que se refiere el Artículo 2 de este Decreto y en lo Contencioso Administrativo en los que se controvierta la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado, en primera instancia, habrá por lo menos una oportunidad de conciliación que tendrá lugar, a más tardar, al concluir la etapa probatoria del respectivo proceso". (subrayado fuera de texto)."

- En conclusión se ha previsto el arreglo de la litis por mutuo acuerdo para controversias de naturaleza contractual o extracontractual y por ende están incluidos los impuestos.

Para absolver el último interrogante y atendiendo a la improcedencia de la conciliación judicial o extrajudicial en casos como el que tenemos bajo examen, basta con dar aplicación a la norma que contiene la institución de la caducidad, cotejando si la demanda fue presentada oportunamente, verificación que no admite ninguna valoración subjetiva, veamos:

Las Resoluciones 417 y 418 del 22 de marzo de 1991, que resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra los No. 245 y 246, se notificaron al Representante Legal de la actora el día 8 de abril de 1991, y la demanda fue presentada el 1 de noviembre del mismo, plazo ostensiblemente excedido del consagrado en el Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo para esta clase de acciones.

En síntesis, la Sala considera, que debe confirmarse la providencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

1o.- CONFIRMASE, el auto del 18 de mayo de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso No. 8698.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia se discutió en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zarate. Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

DEMANDA -Requisitos/**COPIA DEL ACTO**

La previsión del Artículo 139 del C.C.A de que a la demanda se acompañe una copia del acto acusado está montada sobre la práctica generalizada de la administración de que ésta conserva en sus archivos o en los expedientes que forma, los originales de su actuación y a los particulares que se les entrega copia como lo ordena el Artículo 44 del C.C.A., pues al hacer la notificación personal se entregará al interesado copia integra, auténtica y gratuita de la decisión. Pero en razón a la clase de actuación controvertida, es obvio que los oficios dirigidos por el Banco de la República a la sociedad que reclama unos CERTS la práctica es inversa, el original se dirige al particular y las copias las conserva el Banco, de donde resulta improcedente apegarse al texto del Artículo 139 que habla de "copia" para negarle el valor probatorio al original acompañado.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C., octubre dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zarate.*

Ref.: Expediente No. 4304. Actor: MARKETING Y REPRESENTACIONES LTDA. C/BANCO DE LA REPUBLICA. Apelación Interlocutorios AUTO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad MARKETING Y REPRESENTACIONES LTDA. de Cali contra el auto del 29 de mayo de 1992 (No. 189) con el cual la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca inadmitió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho intentada por el apelante contra actos Administrativos originarios del Banco de la República, mediante los cuales negó la liquidación y entrega de unos Certificados de Reembolso Tributario CERTS, que afirma tener derecho por una exportaciones efectuadas el 7 de diciembre de 1990.

Presentada la demanda el 10 de abril de 1992, mediante auto (#157) del 13 de mayo la Magistrada sustanciadora con base en el art. 143 del C.C.A., observó que "el actor ha acompañado el acto acusado en xeroxcopia simple, esto es, sin que su debida autenticación" y para que se trajera una copia auténtica con las constancias de su notificación concedió un término de cinco días.

Este término venció sin que el interesado hubiera presentado lo solicitado, motivo por el cual, la Sala en el proveído que es objeto de la apelación que se resuelve, inadmitió la demanda.

EL RECURSO.

Lo sustenta el actor principalmente en la consideración de que los documentos aportados no son fotocopias sino los originales que el Banco de la República entregó a su cliente y que aparecen notificados a éste. Además él pidió los antecedentes Administrativos con los cuales se podrá verificar la autenticidad de los presentados, los cuales podrán ser objetados por el Banco mediante tacha de falsedad autorizada por el Artículo 252 del C.P.C sobre los documentos públicos que se presumen auténticos. Además invocó el principio de buena fe consagrado en el Artículo 83 de la Constitución Política.

CONSIDERACIONES:

Aunque el demandante afirma en su libelo que acompaña copias de las decisiones administrativas demandadas (fl. 33) lo cierto es que los oficios cuya anulación se pide ostensiblemente aparecen en original (fls. 12-28) y al final de cada uno de ellos está la hoja de notificación personal en papelería del Banco de la República.

La previsión del art. 139 del C.C.A., de que a la demanda se acompañe una copia del acto acusado está montada sobre la práctica generalizada de la administración que ésta conserva en sus archivos o en los expedientes que forma, los originales de su actuación y a los particulares se les entrega copia como lo ordena el Artículo 44 del C.C.A, pues al hacer la notificación personal se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión.

Pero en razón a la clase de actuación controvertida, es obvio que los oficios dirigidos por el Banco de la República a la sociedad que le reclama unos CERTS la práctica es inversa, o sea, que el original se dirige al particular y las copias las debe conservar el Banco de donde resulta improcedente apegarse al texto del Artículo 139 que habla de la "copia", para negarle valor probatorio al original acompañado.

Por lo expuesto, la Sala no comparte el criterio del Tribunal.

En mérito a lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1o.- REVOCASE el auto apelado.

2o.- ADMITESE la demanda presentada a la cual el Tribunal deberá darle el trámite previsto en el Artículo 207 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zarate. Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/CONCEJO MUNICIPAL/ALCALDE/ DELEGACION DE FUNCIONES/JUNTA DE VALORACION

El argumento de que con base en la facultad, también constitucional, de delegar en el Alcalde algunas de las funciones atribuidas el Concejo es posible justificar la legalidad y términos generales, que esa delegación es posible, en la situación que se analiza no se trata, ciertamente de una delegación del Concejo Municipal al Alcalde sino de una atribución de funciones que hizo el Concejo Municipal en la Junta de Valorización la cual, aunque presidida por el Alcalde, es un organismo diferente de éste que carece de la aptitud constitucional para ejercer, en forma directa o por delegación, facultades impositivas. CONFIRMA LA SUSPENSION.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C., octubre 2 (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref.: Expediente No. 4334. Actor: Alfonso Gómez Castaño C/El Municipio de Bucaramanga. Apelación auto del 9 de julio de 1992. Tribunal Administrativo de Santander. Acción de nulidad. AUTO

Decide la Sala el recurso de apelación propuesto por el Municipio de Bucaramanga contra el auto del 9 de julio de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio del cual, se admitió la demanda formulada contra el Artículo 6o. del Acuerdo No. 49 de 1978 del Concejo Municipal de Bucaramanga y del Decreto No. 29 de 1980 de la Alcaldía, se dispuso la suspensión provisional de los literales a,, i, j y m del Artículo 6o. del citado Acuerdo 49.

ANTECEDENTES:

El ciudadano Alfonso Gómez Castaño demandó ante el Tribunal Administrativo de Santander la nulidad de las normas locales anteriormente citadas, las cuales se refieren a aspectos atinentes a la reglamentación de la valorización municipal de Bucaramanga. Solicitó la suspensión provisional de los literales a, i , j y m del Artículo 6o. del Acuerdo 49 de 1978 y del Decreto 29 de 1980. Hizo consistir la violación en el hecho de que las normas acusadas al comprarse con lo dispuesto con el Artículo 338 de la Constitución Nacional lo violan en forma manifiesta ya que le otorgan a la Junta de Valorización Municipal atribuciones que deben ser de acuerdo con la Carta Política, ejercidas directamente por el Concejo Municipal.

El Tribunal halló válidos los razonamientos del demandante con respecto a los literales del Artículo 6o. acusado y decretó su suspensión provisional, al paso que se abstuvo de hacerlo con relación al Decreto 29 de 1980.

RECURSO DE APELACION

Mediante apoderado especial el Municipio de Bucaramanga representado por el señor Alcalde, apela la decisión de suspensión provisional argumentando que el municipio actuó bajo los parámetros de las normas superiores y que el acuerdo 49 de 1978 está ajustado a la Constitución y a la Ley. Explicó que el numeral 3o. del Artículo 313 de la Constitución Política permite o autoriza a los Concejos Municipales para delegar en el alcalde facultades que le son propias, sin limitar el objeto de las delegaciones. Que lo que sucedió con el Acuerdo 49 de 1978 fue una delegación del Concejo a la Junta Directiva de Valorización Municipal, la cual es presidida por el señor Alcalde Municipal.

Explica la impugnante que los literales del Artículo 6o. suspendidos provisionalmente no están infringiendo el Artículo 338 de la Constitución puesto que el Concejo Municipal actuó bajo las provisiones de otras normas constitucionales y legales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como el criterio que sirvió de base al Tribunal *a-quo* para decretar la suspensión provisional está centrado en el hecho d que las normas suspendidas violan flagrantemente el Artículo 338 de la Constitución en cuanto a tal disposición exige que la decretación de los tributos se haga exclusivamente por los organismos de representación popular, y en que el acuerdo suspendido provisionalmente radica en la Junta de Valorización Municipal funciones que tienen relación con este proceso de decretación de los tributos, la Sala habrá de confirmar el auto impugnado habida consideración de que la apelación argumenta que con base en la facultad, también constitucional, de delegar en el Alcalde algunas de las funciones atribuidas al Conce-

jo, es posible justificar la legalidad y constitucionalidad del acuerdo demandado. Y aunque es cierto en términos generales, que esa delegación es posible, en la situación que se analiza no se trata, ciertamente, de una delegación del Concejo al Alcalde sino de una atribución de funciones que hizo el Concejo Municipal en la Junta de Valorización la cual, aunque presidida por el Alcalde, es un organismo diferente de éste que carece de la aptitud constitucional para ejercer, en forma directa o por delegación, facultades impositivas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE

CONFIRMESE el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate. Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

EXCEPCIONES -Requisitos/JUICIO EJECUTIVO/TITULO EJECUTIVO

Según el Artículo 509 del C. de P.C. en los juicios ejecutivos sólo se admiten como excepciones los hechos que suceden con posterioridad a la providencia de cuyo cobro se trata. La justificación de este sistema radica en que por tratarse el título de una "sentencia o providencia: que conlleva ejecución, cualquiera que haya sido su origen -Administrativo o judicial- supone la existencia de un debate. Pero como en este caso cuando el título aducido por la administración no es ninguna providencia que conlleve "ejecución" sino que consiste en una "certificación" del Administrador que no fue objeto de discusión ninguna, ni siquiera de notificación a la compañía deudora, porque esa clase de documentos no es objeto de ello, no es posible dar estricta aplicación al Artículo 509 del C. de P.C. en cuanto restringe las excepciones a hechos posteriores.

ACTO DE AUTORIZACION/CESION DE CREDITOS/TRASLADO DE SOBRANTES

No se encuentra prohibición legal especial para que no se acepte como pago de obligación tributaria de un particular la cesión de los excedentes de otro contribuyente. Se trata de uno de aquellos actos conocidos en la doctrina como "actos de autorización" mediante los cuales se expresa la voluntad administrativa de permitir hacer algo, bien en forma directa o sometido a una condición, que debe quedar expresa en el acto si no lo está en norma especial. De no estar sujeto a condición o plazo, o cumplidos éstos, produce el efecto de permitir la conducta del particular allí señalada. Su revocatoria sólo debe implicar lo contrario, o sea, prohibirla; pero si se realizó el acto autorizado, no puede la administración negarlo o desconocerle sus efectos sin respetar los principios consagrados en el Artículo 73 del C.C.A.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., octubre nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Ref.: Expediente Nº 1650. Actor: LA NACION C/ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A. JURISDICCION COACTIVA - FALLO

Decide la Sala la excepción propuesta por el apoderado judicial de la sociedad ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A., Nit. 60.006.820-A, contra el mandamiento de pago librado por la administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, Sección Cobranzas y Ejecuciones Fiscales en contra de su representada, por valor de $156.219.599 por concepto de Impuesto sobre las Ventas adeudado por los bimestres 4 y 6 de 1984 y 2 y 3 de 1985.

LAS EXCEPCIONES

Notificado el mandamiento de pago, el 2 de febrero de 1987, el día 13 del mismo mes y año, la sociedad propuso como única excepción la de pago, alegando que la ejecutada canceló la suma exigida, así:

"a. BIMESTRE 4 DE 1984

El valor total del impuesto por concepto de ventas por el 4 bimestre eran $71.656.854.00 que fueron cancelados por la Aseguradora Grancolombiana S.A. así:

1. Mediante el cheque No. 0396570 entregado al Banco del Estado por valor de $35.437.955,00, tal como consta en el comprobante de pago No. KT-045541 de octubre 10 de 1984.

2. La firma Plastirama Ltda., con Nit.: 60.066.900-A cedió a favor de la Aseguradora Grancolombiana S.A. la suma de $18.081.171,00 que tenía como sobrante a su favor por concepto de impuesto a las ventas por el 4 bimestre del año 1984, tal como consta en la solicitud VRO-2163 del 26 de septiembre de 1984, que adjunto en original.

3. La firma Proinduplasticos Ltda. con Nit. 60.049.509 cedió a favor de la Aseguradora Grancolombiana S.A., la suma de $18.138.428,00 que tenía como sobrante a su favor por concepto de impuesto a las ventas por el 4 bimestre del año 1984, tal como consta en la solicitud de traslado VRO-2164 del 26 de septiembre de 1984 cuyo original de adjunta.

b. BIMESTRE 6 DE 1984

El valor total del impuesto por concepto de ventas por el 6 bimestre eran $52.448.171.00 que fueron cancelados por la Aseguradora Grancolombiana S.A. así:

1. Mediante el Certificado de Abono Tributario-CERT la suma de $2.000.000,00, tal como consta en el Recibo Oficial No. VB-108713 del 30 de enero de 1985 y aplicable al 6 bimestre del año gravable de 1984, que en original se adjunta.

2. Mediante cheque No. 0409625 de la Cuenta Corriente 00400485-9 del Banco del Estado y entregado al Banco del Estado por valor de $10.448.171,00 tal como consta en el comprobante de pago de impuestos en Bancos KT-045566 del 31 de enero de 1985.

3. La firma Compras y Ventas Externas Convex Ltda., con Nit. 60.522.529 cedió a favor de la Aseguradora Grancolombiana S.A. la suma de $40.000.000,00 que tenía como sobrante a su favor por concepto de impuestos de renta y complementarios del año gravable de 1983, según consta en la solicitud de traslado TR-02373 del 23 de enero de 1985 cuyo original se adjunta.

c. BIMESTRE 2 DE 1985

El valor total del impuesto por concepto de ventas por el 2 bimestre eran $69.334.214.00 que fueron cancelados por la Aseguradora Grancolombiana S.A. discriminados así:

1. Mediante cheque No. 000548 de la Cuenta Corriente No. 004-00485-9 del Banco del Estado y entregado al Banco del Estado por valor de $49.334.214,11 tal como consta en el comprobante de pago de impuesto en Banco No. KT-045581 del 31 de mayo de 1985 que en original adjunto.

2. La Sociedad Industrias Rosgub Ltda., con Nit. 60.004.724 cedió a favor de la Aseguradora Grancolombiana S.A. la suma de $20.000.000,00 que tenía como sobrante a su favor por concepto de impuestos de renta y complementario del año gravable de 1979, según consta en la solicitud de traslado no. TR-05-485 del 24 de mayo de 1985 que adjunto fotocopia auténtica y cuyo original reposa en el Juzgado 40 de Instrucción Criminal.

d. BIMESTRE 3 DE 1985

El valor total del impuesto por concepto de ventas por el 3 bimestre eran $61.609.899.00 que fueron cancelados por la Aseguradora Grancolombiana S.A. así:

1. Mediante el cheque No. 001945 entregado al Banco del Estado por valor de $1.909.899,00 tal como consta en el comprobante de pago de impuesto en Banco No. KT-69498 del 29 de julio de 1985 cuyo original se adjunta.

2. La firma B. Lugard y Calle Ltda. con Nit. 60.000.156 cedió a favor de la Aseguradora Grancolombiana S.A. la suma de $19.980.000,00 que tenía como sobrante a su favor por concepto de impuestos a la renta y complementarios por el año gravable de 1978, según consta en solicitud de traslado No. TR-05-530 del 24 de julio de 1985, que adjunto en fotocopia auténtica y cuyo original reposa en el Juzgado 40 de Instrucción Criminal. Esta suma de dinero fue trasladada en Cuenta Interna de renta y complementario del año gravable de 1978 al año gravable de 1985 3er. bimestre, tal como consta en la solicitud TR-05-546 del 25 de julio de 1985 que en fotocopia informal se adjunta, ya que el original reposa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, expediente No. 5470 de la Sección Segunda.

3. La sociedad B. Lugard y Calle Ltda., con Nit. 60.000.156 cedió a favor de la Aseguradora Grancolombiana S.A. la suma de $21.975.000,00 que tenía como sobrante por concepto de impuesto a la renta y complementario por el año gravable de 1979 según consta en la solicitud de traslado TR-05-529 del 24 de julio de 1985 que adjunto en fotocopia auténtica y cuyo original reposa en el Juzgado 40 de Instrucción Criminal. Esta suma de dinero mi poderdante la trasladó en Cuenta Interna del año gravable de 1979 al año gravable de 1985, tercer bimestre, tal como consta en la solicitud TR-05-532 del 25 de julio de 1985 que en fotocopia informal se adjunta, ya que el original reposa en el Tribuna Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, expediente No. 5470.

4. La Sociedad B. Lugard y Calle Ltda. con Nit. 60.000.156 cedió a favor de Aseguradora Grancolombiana S.A. la suma de $18.045.000,00 que tenía como sobrante por concepto de impuesto de renta y complementario por el año gravable de 1980, según consta en la solicitud TR-05-528 del 24 de julio de 1985 que adjunto en fotocopia auténtica ya que el original se encuentra en el Juzgado 40 de Instrucción Criminal. De esta suma de dinero la Aseguradora Grancolombiana S.A. trasladó en su Cuenta Interna del año gravable de 1980 al año gravable de 1985, tercer bimestre, la suma de $18.,045.000,00, tal como consta en la solicitud TR-05-531 del 25 de julio de 1985, del cual se adjunta fotocopia informal ya que el original reposa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, expediente No. 5470.

...." (fls. 18 a 21 Cdno. Ppal.)

TRAMITE DEL INCIDENTE

a) Pruebas

La excepcionante aportó para demostrar el pago, algunos originales de los recibos de impuestos pagados y fotocopias auténticas de solicitudes de traslado de los

saldos a favor cedidos por las sociedades Proinduplásticos Ltda., Industrias Rosgub Ltda., B. Lugard y Calle Ltda., original de algunas solicitudes de traslado de los saldos con aplicación a la cuenta de la ejecutada, y fotocopia de las solicitudes que reposan en los despachos penales.

b) Alegatos

En conclusión el apoderado de la ejecutada alega que ellas fueron oportunamente canceladas haciendo énfasis en el valor probatorio de las solicitudes de traslado y la validez de los pagos realizados a través de ellas.

Expone así mismo que la ejecutada al solicitar los seis traslados presentó la documentación ante las dependencias de las autoridades de impuestos competentes para el efecto, que las solicitudes fueron aceptadas como puede concluirse en las firmas y sellos que aparecen en las hojas de traslado y que la solicitud originó que las autoridades de impuestos produjeron actos Administrativos, que culminaron en la expedición de los 6 documentos en que constan los traslados, lo que evidencia que la ejecutada obró de buena fe.

c) Con el fin de afianzar el acervo probatorio, el apoderado solicitó que se oficiara a la Dirección de Impuestos Nacionales para que enviaran copia del Concepto 057 de septiembre 4 de 1980, y a cada una de las dependencias donde reposan los originales de los documentos que en fotocopias auténticas o informales se allegaron para que la entidad certificara sobre su existencia, y solicitó igualmente testimonio de los funcionarios Alirio Fajardo, Jesús Alberto García y Luis Cecilio Tinoco Coronado.

d) Atendiendo a la solicitud probatoria formulada por la ejecutada, la Sala mediante Auto del 26 de septiembre de 1989, ordenó oficiar a la Dirección de Impuestos Nacionales para que se certificará la aplicación de los sobrantes efectuada a Aseguradora Grancolombiana S.A. por la sociedades Plastirama Ltda., Induplásticos Ltda., Compras y Ventas Externas Convex Ltda. Industrias Rasgub Ltda. y B. Lugard y Calle Ltda.

No accedió a la prueba testimonial pedida por ser improcedente en los procesos de jurisdicción coactiva.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. LAS EXCEPCIONES PERMISIBLES POR EL ARTICULO 509 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

a) Según el inciso 2 del Artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, en esta clase de juicios ejecutivos sólo se admiten como excepciones los hechos que suceden con posterioridad a la providencia cuyo cobro se trata y en este sentido se ha pronunciado la Sala en forma reiterada.

La justificación de este sistema radica en que por tratarse el título de una "sentencia o providencia" que conlleva ejecución, cualquiera que haya sido su origen - Administrativo o judicial- supone la preexistencia de un debate y que la providencia es ya constitutiva o declarativa de un derecho sobre cuya existencia no cabe discusión alguna.

En lo Administrativo se ve claramente esta situación, cuando se trata del cobro de títulos ya discutidos y que han quedado en firme. Lo demuestra la enumeración de títulos que hace el Artículo 68 del Decreto 01 de 1984 que se refiere a actos Administrativos "ejecutoriados"; específicamente en materia de impuestos en el ordinal 3 consagra como títulos ejecutivos idóneos "las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales o las liquidaciones privadas que hayan quedado en firme".

En tales circunstancias, resulta lógica la disposición del 2 incisos del Artículo 509 del C.P.C. puesto que el juicio ejecutivo tiene por objeto la realización del derecho, más no su establecimiento y por ello concuerda con el Artículo 561, según el cual, en este proceso no pueden debatirse cuestiones que debieron o pudieron discutirse en la etapa gubernativa.

Pero en el presente caso el título aducido por la administración que es de fecha 23 de diciembre de 1986, no es ninguna providencia que conlleve "ejecución" sino que consiste en una "certificación" del Administrador que no fue objeto de discusión ninguna, ni siquiera de notificación a la compañía de deudora, porque esa clase de documentos no es objeto de ello. Dicha certificación ni siquiera menciona como fuente los verdaderos títulos que indica la Ley, sino que el Administrador certifica que la compañía DEBE a la Nación "de acuerdo con los registros" las cantidades que luego discrimina.

El Artículo 60 del Decreto 01 de 1984 suprimió "las certificaciones expedidas por los administradores o recaudadores de impuestos nacionales" como uno de los títulos ejecutivos que traía en su enumeración el Artículo 562 del Código de Procedimiento Civil y dejó en materia de impuestos solamente las liquidaciones y las resoluciones que fallan recursos según la enumeración del ordinal 3. Tales "certificaciones" dejaron de ser títulos ejecutivos, a menos que la Ley especial los autorice como sucede con las deudas por valorización (Art. 14 Decto. 1604/66) y de nuevo a partir de 1988 en los impuestos nacionales que administra la DIN (Dcto. 2503/87, Art. 105 ó Art. 828 parágrafo del Estatuto Tributario).

En atención a estas razones no es posible dar estricta aplicación al segundo inciso del Artículo 509 en cuanto restringe las excepciones a hechos posteriores, en la misma forma como lo ha venido sosteniendo la Sala cuando el título está conformado por una liquidación o una resolución que sí son providencias que conllevan ejecución.

B) En consecuencia, los hechos alegados como constitutivos de "pagos" que no son posteriores sino anteriores al título, tienen el sentido de que la ejecutada excepciona por no deber lo que se le cobra. Este ataque sustancial al título lo ha sostenido y alegado la compañía ejecutada aduciendo varias pruebas que no pueden desestimarse de plano por la sola circunstancia de ser anteriores al mandamiento, sino que es preciso entrar a examinarlas en su condición de respaldo a la excepción de mérito permitida por el primer inciso del citado Artículo 509 del C.P.C. que dice:

> "1. Dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo o a la del auto que resuelva sobre su reposición, confirmándolo o reformándolo, el demandado podrá proponer en escritos separados excepciones previas y de mérito, expresando los hechos en que se funden. A los escritos deberá acompañarse los documentos relacionados con aquéllas y en ellos se deben pedir las demás pruebas que se pretenda hacer valer.
>
> ..... ."

2. EL OBJETO DE LA ACCION DE COBRO Y EL DE LAS EXCEPCIONES

De conformidad con el mandamiento de pago que coincide con el oficio del Jefe de la Unidad de Recaudo de febrero 24 de 1987, que obra a folio 49 y el "certificado del Administrador" (fl. 1) las deudas cobradas en este juicio corresponden a Impuesto sobre las Ventas por los años y bimestres por el valor del capital sin incluir intereses, que se indican a continuación:

AÑO	BIMESTRE	FECHA	TOTALES
1984	CUARTO	01-10-84	$36.312.715
1984	SEXTO	13-05-85	39.906.884
1985	SEGUNDO	31-05-85	20.000.000
1985	TERCERO	29-07-85	60.000.000
TOTAL			$156.219.599

La compañía ejecutada ha planteado la excepción de pago total de los impuestos correspondientes a los períodos fiscales mencionados, para lo cual hizo el recuento y demostración del valor inicial de los valores a su cargo según el respectivo "Certificado Oficial de Pago Bimestral" y su cancelación mediante originales de recibos oficiales de caja que no se han objetado ni discutido por la administración y de otra parte, mediante traslados de sobrantes de terceros. El desconocimiento de estos últimos es lo que ha generado los valores que se cobran en este juicio y que según el excepcionante están cubiertos con los controvertidos traslados en su totalidad, así:

BIMESTRE	DOCUMENTOS DE TRASLADO	VALORES
4 DE 1984:	VRO-2163 de septiembre 26 /84 proveniente de Plastirama Ltda.	$18.081.171
	VRO-2164 de septiembre 26/84 proveniente de Proinduplasticos Ltda.	$18.138.428
		$36.219.599
6 DE 1984:	TR-02373 enero 23/85 proveniente de Convex Ltda.	$40.000.000
2 DE 1985:	TR-05-485 mayo 24/85 proveniente de Industrias Rosgub Ltda.	$20.000.000
3 DE 1985:	Comprende tres traslados identificados con la inicial TR-05 del 24 de julio/8 de la firma Lugard y Calle Ltda. a favor de ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A., por Impuesto de Renta, así:	
	# 528 por $18.045.000	
	# 529 por $21.975.000	
	# 530 por $19.980.000	
	Y además, los traslados de ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A. a la misma compañía de imporrenta a impoventas 3 bimestre/85, traslados también distinguidos con la referencia TR-05 del 25 de julio/85, así:	
	# 531 por	$18.045.000
	# 532 por	$21.975.000
	# 546 por	$19.980.000
	Total	$60.000.000

3. LOS TRASLADOS DE SOBRANTES COMO FORMA DE PAGO DE IMPUESTOS.

La Sala no ha encontrado prohibición legal especial para que no se acepte como pago de obligación tributaria de un particular la cesión de los excedentes de otro contribuyente. Tan sólo que por tratarse de un negocio jurídico complejo en el que se realizan simultáneamente una cesión de crédito y una compensación, es preciso que además de las condiciones básicas que requiere el derecho común para cada una de estas figuras, se cumplan los requisitos formales, de trámite y autorización especiales que señale el Gobierno en consideración a la naturaleza pública de los derechos que allí se encuentran en juego.

No se ha demostrado en este proceso la regulación interna a que estuvo sometida la época de los acontecimientos el trámite Administrativo de estas clase de operaciones. La Administración no lo ha negado y por el contrario, la Dirección General de Impuestos a petición de la ejecutada remitió copia del Concepto 057 de septiembre de 1980 (fls. 94 a 96) del Subdirector Jurídico, en el cual se expresó:

> "Como no existe en el procedimiento tributario disposición legal que prohiba la aplicación de un crédito existente por impuestos de un contribuyente al saldo a cargo de otro contribuyente y en cambio si hay en la legislación civil norma que autoriza a cualquier persona a pagar por el deudor (Artículo 1630 del Código Civil) estima este Despacho que en el caso concreto de la consulta formulada se trata de la sustitución de una nueva obligación a otra anterior ésto es, de la novación a que se refieren los Artículos 1687 y siguientes del Código Civil y por tanto de acuerdo con lo preceptuado por el numeral 3 del Artículo 1690 del mismo Código sí es posible la aplicación del saldo crédito que arroja la cuenta corriente de la sociedad xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx previa la cancelación de los intereses moratorios que hubieren podido causarse a cargo de esta última.
>
> Para tal fín deberá presentarse una solicitud ante la Sección de Auditoría Interna del Impuesto sobre las Ventas, en la cual la sociedad en cuyo favor existen los créditos manifieste expresamente la voluntad de que aquéllos sean imputados al saldo de la compañía deudora acompañada de la constancia también expresa de la aceptación de tal hecho por otro parte de esta última. En ambos casos, las firmas correspondientes deberán ser previamente autenticadas.
>
> ....
> ....."

Es un hecho convenido que esta clase de operaciones ante la Administración de Impuestos, se realizaba mediante diligenciamiento y trámite interno de los formatos oficiales sobre "aplicación de sobrantes, compensaciones o traslados" que al final de los pormenores que debían llenar los solicitantes (con firmas reconocidas, como dice el Concepto 057 de 1980), ostentan las antefirmas de un Revisor, el Jefe de la Sección de Cuentas Corrientes y de la Auditoría Fiscal (Contraloría General de la Nación), como funcionarios competentes para dar y aprobar la correspondiente autorización.

En resumen, se trata de uno de aquellos actos conocidos en la doctrina como "actos de autorización" mediante los cuales se expresa la voluntad administrativa de permitir hacer algo, bien en forma directa o sometido a una condición, que debe quedar expresa en el acto si no lo está en norma especial.

De no estar sujeto a condición o plazo, o cumplidos éstos, produce el efecto de permitir la conducta particular allí señalada. Su revocatoria sólo debe implicar lo contrario, o sea, prohibirla; pero si se realizó el acto autorizado, no puede la Administración negarlo o desconocerle sus efectos sin respetar los principios consagrados en

el Artículo 73 del C.C.A, en especial, el consentimiento expreso del titular de una situación jurídica, particular y concreta, que lo hubiese beneficiado. En tal caso, para que la revocatoria sea válida requiere de la firmeza de otro acto Administrativo que así lo decida previa discusión y vencimiento del titular.

(La Sala Plena precisó la ocurrencia simultánea de la "cesión de créditos" y de una "compensación" en sentencia de 31 de enero de 1990, Exp. 5105, Actor: Bayer Químicas Unidas, Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. Y sobre la naturaleza de "acto de autorización" de los Traslados Sobrantes también la Sala Plena se pronunció en fallo de 26 de agosto de 1991, Exp. S-084, Actor: Capitalizadora Grancolombiana S.A., Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez).

4. LOS TRASLADOS EN EL PRESENTE NEGOCIO

Como ya se indicó con el objeto de hacer valer como "pago" de las deudas fiscales, la sociedad presentó varios documentos de traslados de Sobrantes cuyo valor probatorio quedó sujeto a lás manifestaciones de la Dirección de Impuestos Nacionales relativas a su autenticidad y efectividad como documentos públicos.

Junto con el memorial de excepciones el señor apoderado presentó como prueba de su alegato fotocopias de varios documentos, unas autenticadas y otras informales con la petición de "oficiar a cada una de las Dependencias donde reposan los originales de los documentos que en fotocopias autenticadas o informales se allegan, para que certifiquen sobre su existencia si el Honorable Consejo de Estado lo considera pertinente".

En desarrollo de esta petición por Auto de septiembre 26 de 1988 se pidió a la Administración -Sección Cuentas corrientes- certificación sobre la aplicación de los sobrantes que provenían de las sociedades PLASTIRAMA LTDA. (VR.2163), INDUPLASTICOS LTDA. (VR-2164), CONVEX LTDA. (TR-2373), INDUSTRIAS ROSGUB LTDA. (TR-485) y LUGARD Y CALLE LTDA. (528, 529 y 530). También se pidió autenticación de las declaraciones de ventas de PLASTIRAMA LTDA. y PROINDUPLASTICOS LTDA.

La administración, con Oficio 1423 de noviembre 2 de 1988, remitió fotocopia de la declaración de Impoventas 4/84 de INDUPLASTICOS LTDA. que arroja un saldo a favor de $18.138.428. Informó falta de la declaración de PLASTIRAMA LTDA.

Con oficio 1080 de octubre 21/88, la administración remitió (fls. 102 y ss) lo siguiente:

- Fotocopia del traslado 2164 de PLASTIRAMA LTDA., a ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A. por $18.138.428 (igual a la presentada por el apoderado de ésta, fl. 27).

- Fotocopia del traslado 2163 de PLASTIRAMA LTDA. a ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A. por $18.081.171 (igual que a la presentada por la ejecutada a folio 26).

En el mismo Oficio precisó que del Traslado TR-2373 de enero 23/85 por $40.000.000 de CONVEX LTDA. "no reposa copia en el archivo" y que las solicitudes con Código TR-05 corresponden a la Unidad de Recaudo de la Zona Industrial, se buscó cuidadosamente y no se encontraron copias de las números 485 (INDUSTRIAS ROSGUB), 528, 529 y 530 (LUGARD Y CALLE LTDA.).

Posteriormente con Oficio de abril 21 de 1989 (fl.118) se obtuvo del Coordinador de Archivo de Recibos nueva copia de los traslados 2163 y 2164 de septiembre 26 de 1984 e informe de no haber localizado copias de los demás documentos requeridos. Y, con Oficio de abril 28 de 1989 ratificó lo dicho en su Oficio de octubre 21 de 1989 y aclaró que en su oficina no existían copias de declaraciones de ventas sino de Certificados Oficiales de pagos bimensuales desde julio de 1986.

Mediante Auto del 29 de mayo de 1992 dictado con base en las facultades que otorga a la Sala el Artículo 169 del C.C.A., se pidió a la administración de Impuestos copia de las Resoluciones números 001 de enero 3 y 004 de mayo 5 ambas de 1986, invocadas por la entidad oficial sobre invalidez de los traslados de sobrantes y se pidió además al apoderado de la compañía ejecutada, informe sobre la acción de restablecimiento del derecho instaurada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En cumplimiento de esta Auto obran en el informativo las siguientes piezas: la Resolución 002 de enero 3 de 1986 (la 001 se refiere a otra sociedad) y la 039 de mayo 30 de 1986 con las cuales la administración de Impuestos Nacionales negó la expedición de certificados de paz y salvo en consideración a que "las compensaciones con las que se pretender haber cubierto saldos débitos, carecen de toda eficacia jurídica y contable por inexistencia material de los supuestos sobrantes que sirvieron de base a la compensación". Los sobrantes a que se refiere son los que se presentan provenientes de las sociedades INDUSTRIAS ROSGUB LTDA. y B. LUGARD Y CALLE LTDA.

Por otra parte el Secretario de la Sección Cuarta del tribuna Administrativo de Cundinamarca, certifica la existencia del juicio radicado bajo el número 5470 en el que se impetra la nulidad de los actos Administrativos, que negaron valor a los traslados provenientes de las citadas sociedades, INDUSTRIAS ROSGUB LTDA. y LUGARD Y CALLE LTDA., o sea, las mencionadas Resoluciones 002 y 039 de 1986.

Después de analizar detenidamente el acervo probatorio la Sala concluye:

Considera aceptables como prueba del traslado y consecuencialmente el pago de las obligaciones a cargo de la ejecutada los siguientes:

VR-2163 de septiembre 26/84 PLASTIRAMA LTDA. 4/84	$18.081.171
VR-2164 de septiembre 26/84 INDUPLASTICOS LTDA. 4/84	$18.138.428
PARA UN TOTAL DE.....	$36.218.599

Esto en razón a que su existencia fué aceptada por la administración sin objetarlos específicamente, ni estar comprendidos en las Resoluciones acusadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En cambio, no se aceptan los demás descuentos de traslado por los siguientes motivos:

El TR-02373 de enero 23 de 1985 CONVEX LTDA. por $40.000.000 porque si bien es cierto la fotocopia presentada tiene autenticadas las firmas de los dos Gerentes solicitantes, la autenticidad de esta copia no fue posible establecerla ante las Oficinas de Impuestos según las comunicaciones mencionadas ya que no se encontró copia de ellas ni declaraciones tributarias en donde constaran los sobrantes.

En igualdad de condiciones se encuentran las números 485 de INDUSTRIAS ROSGUB LTDA. por $20.000.000 desglosada del proceso 3491 del Juzgado 84 de Instrucción Criminal y las números 528, 529 y 530 de traslado de LUGARD Y CALLE LTDA. a ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A.

Y, finalmente las números 531, 532 y 546 de ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A. a la misma compañía que obran a folios 38, 40 y 42, porque son fotocopias informales o simples, sin ninguna autenticación y de las cuales la administración tampoco dió razón alguna.

Adicionalmente estos traslados fueron los objetados por la Administración en las Resoluciones números 002 y 039 de 1986 cuya nulidad se discute ante el Tribunal de Cundinamarca.

5. DEPOSITO POR EL VALOR TOTAL DE LA DEUDA

El 18 de septiembre de 1988 el apoderado de la ejecutada, adujo al proceso (fl. 76 Cdno. Ppal.) copia del Oficio CD-56 084 fechado el 27 de marzo dirigido por el Gerente de la sociedad ejecutada a la División de Recaudo de la administración de Impuestos de Bogotá, mediante el cual manifiesta que envía a título de depósito, con el fín de obtener paz y salvo y acogerse a la amnistía cheque por el valor cobrado, pero advirtiendo:

a) "Que el pago en ningún momento implica reconocimiento de la obligación puesto que en nuestro sentir ésta está cancelada".

b) "En ningún momento estamos renunciando a la acción de restablecimiento del derecho instaurada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca donde

impetramos la nulidad de los actos Administrativos que injustamente desconocieron la validez de los traslados".

Sobre el particular la Sala considera que no es posible tener como pago de la obligación el depósito a que hace referencia el Oficio CD-56-084, aunque sea por valor igual al de la obligación que consta en el título ejecutivo, porque:

a) Si bien se enuncia el envió de un título valor por la mencionada cantidad, no obra el correspondiente recibo de pago.

b) Porque el Representante Legal de la sociedad ejecutada expresa que el "pago" se efectúa a título precario de depósito y no como solución de la obligación exigida y únicamente para obtener paz y salvo.

c Porque solicita se considera pagada la obligación con el traslado de los saldos créditos, cedidos por las personas a que hace referencia en el escrito de excepciones.

6. EL PLEITO PENDIENTE

La Sala observa que el valor que en definitiva puedan tener los documentos cuya legalidad está a decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca depende de lo que éste resuelva en el juicio No. 5470 o sea, con incidencia parcial en este juicio ejecutivo.

Pero como este tema no constituye una excepción, sino un aspecto de posible causal de suspensión del proceso en razón de la prejuicialidad, conforme a los Artículos 170 y 171 del C.P.C. corresponde decidir al Juez de la Ejecución con base en la petición y pruebas que le presente el interesado. Por tal motivo la Sala no puede adelantar ningún pronunciamiento sobre este particular.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. DECLARASE probada parcialmente la excepción de PAGO en cuantía de TREINTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS DIECINUEVE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS ($36.219.599) M/CTE., por el cuarto bimestre de Impoventas del año de 1984, con base en los traslados de sobrantes VRO-2163 y VRO-2164 del 26 de septiembre de 1984 provenientes de las sociedades PLASTIRAMA LTDA., NIT. 60.066.900 y PROINDUPLASTICOS LTDA. NIT. 60.049.509.

2. No se acepta como probada la misma excepción de pago por las demás deudas cobradas en el mandamiento ejecutivo de fecha 2 de febrero de 1987, correspondientes al sexto bimestre de 1984, segundo y tercero de 1985.

3. Continúe la ejecución, con la advertencia consignada en el punto 6 de la motivación.

4. Costas a cargo del excepcionante que serán liquidadas conjuntamente con el crédito.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Conjuez, *Alberto Munera Cabas*, Salvamento.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

DOCUMENTO AUTENTICO/ PRUEBA DOCUMENTAL: Eficacia/**PRESUNCION DE AUTENTICIDAD** /(Salvamento de Voto)

El documento que obra del expediente, si bien no aparece mecanografiado directamente sino presentado en fotocopia, si se le estamparon los sellos originales correspondientes a las sociedades solicitantes y las firmas de sus representantes legales; también los sellos del Grupo de la Sección de Cuentas Corrientes de la administración de Impuestos y de la Auditoría de la Contraloría General de la República, refrendados ambos por firmas que deben presumirse auténticas, máxime cuando no aparece domostrado que tales sellos y documentos tiene valor probatorio de original con suficiente mérito probatorio. La circunstancia de que no se hubiera encontrado en las oficinas de impuestos, ni copia de éste ni de la declaración, no es argumento suficiente para su rechazo.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C. octúbre quince (15) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. 1650

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ Dr. ALBERTO MUNERA CABAS

Este salvamento de voto, con todo el respeto por la decisión de los Honorables Consejeros integrantes de la mayoría de la Sala, lo fundo en las razones que seguidamente expongo:

Según el fallo del cual en parte me separo, se aceptaron como pruebas idóneas para reconocer el pago de las obligaciones tributarias a cargo de la sociedad ejecuta-

da, los documentos números VR-2163 y VR-2164, ambos de septiembre 26 de 1984, de PLASTIRAMA LTDA. e INDUPLASTICOS LTDA., por un valor total de $36.219.599.

Se rechazaron en cambio, los siguientes documentos:

TR-02373 de enero 23 de 1985 de CONVES LTDA. , por	$40.000.000
TR-05485 de mayo 24 de 1985 de INDUSTRIAS ROSGUB LTDA. , por	$20.000.000
TR-05528 de julio 24 de 1985 de LUGARD Y CALLE LTDA. , por	$18.045.000
TR-05529de julio 24 de 1985 de LUGARD Y CALLE LTDA. , por	$21,975.000
TR-05530 de julio 24 de 1985 de LUGARD Y CALLE LTDA. , por	$19.980.000
TR-05531 de julio 25 de 1985 de ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A. , por	$18.045.000
TR-05532 de julio 25 de 1985 de ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A. , por	$21.975.000
TR-05546 de julio 25 de 1985 de ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A. , por	$19.980.000

El traslado a que hace relación el documento TR-02373 de enero 23 de 1985 no fue aceptado porque a juicio de la Sala se trata de una fotocopia, que aun cuando tienen autenticadas las firmas de los dos gerentes solicitantes ".... la autenticidad de esta copia no fue posible establecerla ante las oficinas de impuestos según las comunicaciones mencionadas ya que no se encontró copia de ellas ni declaraciones tributarias en donde constaran los sobrantes".

La realidad en este caso es que el documento que obra a folio 31 del expediente, si bien no aparece mecanografiado directamente sino presentado en fotocopia, si se le estamparon los sellos originales correspondientes a las sociedades solicitantes y las firmas de sus representantes legales; también los sellos del Grupo de la Sección de Cuentas Corriente de la administración de Impuestos Nacionales y el de la Auditoría de Impuestos Nacionales de Bogotá de la Contraloría General de la República, refrendados ambos con firmas que deben presumirse auténticas, máxime cuando no aparece demostrados que tales sellos y rúbricas sean falsas, razones por las cuales a mi juicio, este documento tiene valor de original con suficiente mérito probatorio. La circunstancia de que no se hubiera encontrado en las oficinas de la administración, ni copia de éste ni declaraciones tributarias en las que constaran los sobrantes, no es argumento suficiente para su rechazo, porque ello simplemente indica que tales documentos fueron, o bien extraviados involuntariamente por los funcionarios, de lo cual no puede responsabilizarse al contribuyente; o bien voluntariamente, caso este último en el cual sólo demostrando complicidad o coautoría de la excepcionante podría dar lugar a su desconocimiento, en respeto al principio de presunción de la buena fe.

El traslado efectuado mediante el documento TR-05485 por la suma de $20.000.000 no fue aceptado, según el fallo, porque se encontraba en iguales condiciones al TR-02373, apreciación que estimo equivocada, puesto que en realidad se trata de una fotocopia debidamente autenticada en el Juzgado 84 de Instrucción Criminal por el Juez y su Secretario, quienes dejaron constancia de que era una copia auténtica tomada del original que se encuentra en el proceso 3491, lo cual confiere el mismo valor probatorio del original, según lo dispuesto por el numeral 1o. del Artículo 254 del Código de Procedimiento Civil que expresa que las copias tienen el mismo valor probatorio del original. "1o.- Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del Juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada".

El hecho de que en las oficinas de la Administración tributaria no hubiera aparecido original, no copia alguna, es apenas lógico, puesto que el original reposa en el Juzgado 84 ya mencionado. Por lo demás, debo destacar que en el documento número TR-05485, en su parte final sobre observaciones, que precisa en forma suficientemente clara la liquidación privada y los recibos de pago que dieron origen a los $20.000.000 objeto del traslado. Este documento, pues, debió ser aceptado como prueba de pago.

En relación con los documentos de traslado números 528, 529 y 530 de LUGARD Y CALLE LTDA., a ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A., lo primero que se observa es que no se trata de traslados para cancelar impuesto sobre las ventas, sino de traslados de sobrantes de renta de la primera de las sociedades mencionadas al mismo impuesto de renta de la segunda, por lo cual, a pesar de encontrarse debidamente autenticados por el Juzgado 84 de Instrucción Criminal, no son pertinentes para demostrar pago de impuesto sobre las ventas.

Cuestión diferente es el traslado del impuesto de renta al de ventas que ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A. se hace a sí misma mediante los documentos 05531, 532 y 546, que obran a folios 38, 40 y 42 del expediente y que por hallarse contenidos en fotocopias informales, fueron rechazados.

Me separo, pues, del fallo aprobado por decisión mayoritaria de la Sala, por considerar que la suma de $60.000.000 a que hacen referencia los documentos de traslado números TR-02373, de enero 23 de 1985 y TR-05485 de mayo 24 del mismo año también debieron ser aceptados como prueba de pago del impuesto sobre las ventas.

Atentamente,

ALBERTO MUNERA CABAS, Conjuez

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS-Funciones/**CONTROL DE CAMBIOS/INFRACCION CAMBIARIA**-Tipificación/**PRESTAMO EN MONEDA EXTRANJERA**

El requisito del registro ante la Oficina de Cambios cumple una doble finalidad, de una parte la estadística y de otra, la de control respecto de los giros que hayan de hacerse al exterior, será por concepto de intereses o de reembolso del principal. En desarrollo de su función de control y vigilancia, la Superintendencia de Cambios hubiera podido, si consideraba que la firma investigada había desviado los recursos del préstamo externo a inversiones no autorizadas, operar sobre el registro para impedir, mediante las correspondientes ordenes a la Oficina de Cambios, para evitar el giro de las divisas. No estando claramente tipificada la conducta de la empresa investigada como infracción cambiaria sujeta a la sanción de multa, ha debido la Superintendencia de Cambios utilizar sus poderes de vigilancia para, con la colaboración de otras entidades del Estado, Oficina de Cambios, Superintendencia Bancaria, adoptar las medidas del caso si encontró probados los hechos investigados. Aún de admitirse que la desviación de los recursos provenientes de los créditos constituye infracción cambiaria, y por tanto sancionable por la Superintendencia de Cambios, de las pruebas que obran el expediente no se deriva el que la desviación sancionada se hubiera presentado, y más bien hay pruebas que tienden a desvirtuar tal hecho.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref.: Expediente No. 3693. Actor: Industrias e Inversiones Samper S.A.

Apelación de sentencia de 16 de mayo de 1991 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Nulidad y restablecimiento del derecho contra resoluciones 675 y 921 de 1984 de la Superintendencia de Cambios. FALLO.

Santafé de Bogotá, D.C., nueve de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Decide la Sala del recurso de apelación interpuesto por la sociedad Industrias e Inversiones Samper S.A., contra la sentencia del 16 de mayo de 1991 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó decretar la nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos Administrativos por los cuales la Superintendencia de Control de Cambios (hoy Superintendencia de Cambios), impuso una multa.

1. Antecedentes

1.1 **El acto sancionario.** La Superintendencia de Control de Cambios mediante registro 675 de 13 de agosto de 1984, impuso a la sociedad actora una multa de $26.600.000,00 por estimar que dicha entidad desvió recursos obtenidos de préstamos externos (del Chemical Bank de Nueva York y el Banco Industrial Colombiano de Panamá) para adelantar proyectos de ensanches de la empresa, utilizándolos en cambio en la concesión de préstamos a entidades filiales, las cuales a su vez otorgaron préstamos a terceras compañías las que los utilizaron para la compra de acciones del Banco de Bogotá (fl. 68).

1.2 **La vía gubernativa.** La administración por auto No. 921 de 19 de octubre de 1984, confirmó en todas sus partes la anterior sanción, al decidir el recurso de reposición interpuesto (fl. 78).

1.3 **La demanda.** La sociedad sancionada instauró demanda contra la anterior actuación, en ejercicio de la acción del Artículo 85 del C.C.A., solicitando la nulidad de la actuación y como restablecimiento del derecho se condene a la Nación a devolverle "la suma de $26.600.000,00, que fué consignada por la demandante en calidad de depósito, más los intereses comerciales corrientes que produzca dicha suma desde el día de la consignación hasta el día de su devolución". (fl. 4).

Adujo, en sustento de la demanda:

1.3.1 La sanción impuesta es manifestación del juspuniendi del Estado, y por ende se vincula al derecho penal Administrativo, con lo que para su aplicación debieron tenerse en cuenta los postulados generales del derecho penal, como el de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (fl. 15).

1.3.2 De lo anterior se deriva la violación del Artículo 3 del CP en tanto que no existe norma alguna que "erija inequívocamente la conducta ya relacionada de Samper S.A. como contravención punible al régimen cambiario" (fl. 19), no lo está

en la resolución 73 de 1974 de la Junta Monetaria, en cuanto la destinación de los recursos de los préstamos externos debe ser demostrada *a priori*, esto es antes de que la oficina de cambios los registre, y no después como sucedió en el caso presente, tampoco lo está en el Decreto 444 de 1967, en razón de que se trata de una "norma en blanco" en la que el legislador no describió o tipificó conducta punible alguna (fl 22), ni en la resolución 29 de 1976 de la Junta Monetaria, respecto de la cual, la sociedad actora satisfizo debidamente los requisitos en ella exigidos (fl. 24).

1.3.3 Tampoco es antijurídica (Artículo 4 C.P.) esta conducta, "porque el hecho de que, tomadas de su fondo común, Samper S.A. las hubiera transferido a sus filiales en calidad de préstamo, determinadas sumas de dinero que las prestatarias cancelaron puntualmente, no es conducta lesiva o peligrosamente amenazadora de ningún interés jurídico tutelado por la Ley". (fl. 26). Ni es culpable (Artículo 5 C.P.), pues "ni los actos acusados se han ocupado expresamente de este aspecto, ni por parte alguna surge de la conducta de la empresa demandante a través de sus directores o de sus representantes legales.: (fl. 28).

1.3.4 Al no presentarse una conducta verdaderamente punible, "sino que la conducta reputada como contravención es muy distinta a los comportamientos enunciados, la Superintendencia actuó excediendo la órbita legal de su competencia,....." (fl. 30), violando por tanto las disposiciones que se la otorgan.

1.3.5 Dada la fungibilidad del dinero y la unidad de caja, no demostró la Superintendencia que los dineros empleados para cubrir los sobregiros de Samper S.A. por préstamos a sus filiales, y finalmente con el que se compraron unas acciones del Banco de Bogotá, fué precisamente el mismo obtenido de los préstamos externos, pues bien pudo tener otra procedencia (fl. 32), sin que exista por demás, obligación alguna para Samper S.A. de mantener "los fondos provenientes del préstamo exterior (los préstamos externos), en cuenta aparte" (fl. 41).

1.3.6 Dados los desfases entre los ingresos por los préstamos y los egresos "en algunas ocasiones había excedente de recursos y en otras déficit de dinero frente a obras que en ningún caso podían paralizarse. En esta eventualidad las filiales transferían recursos a título de mutuo a corto plazo a la principal. Esta pagaba cuando recibía los préstamos del exterior." (fl. 42), hecho que explica la conducta cuestionada por la Administración, así como la naturaleza de las relaciones financieras entre Samper S.A. y las compañías filiales (fl. 47).

1.37 No se ha seguido el debido proceso para la aplicación de la sanción en cuestión, pues no se practicaron pruebas solicitadas por la sociedad actora (como una "inspección judicial con peritación") "con el pretexto de que ya se habían practicado o de que eran 'improcedentes'" (fl. 55).

1.4 **La contestación de la demanda**. La Superintendencia dió contestación a la demanda en los siguientes términos:

1.4.1 "Delitos y contravenciones administrativas, como son las cambiarias, no pueden enmarcarse por igual dentro de los principios generales del Derecho Penal y Procedimiento Penal, entre otras cosas, porque es el mismo Código Penal (Decreto 100 de 1980) el que, en su Artículo 7o., excluye la posibilidad de aplicación analógica de la Ley penal, salvo excepciones legales." (fl. 102), siendo que "las infracciones cambiarias, dada su naturaleza administrativa y las cambiantes posibilidades del campo económico al cual corresponden, no deben ni pueden ser, la gran mayoría de las veces, meticulosamente definidas,...." (fl. 103). Sin embargo "las normas cambiarias violadas por la ahora demandante, sí fijan claramente la única conducta permitida, cual es la de que el "producto del crédito lo destinará el prestatario a atender necesidades de capital de trabajo o de inversión directa en empresas dedicadas a producir bienes exportables del sector agropecuario, industrial o minero". (Resolución 73 de 1974 y 29 de 1976 de la Junta Monetaria". (fl. 105).

1.4.3 Respecto del argumento sobre los desfases entre los ingresos y los egresos, "la Superintendencia no hizo análisis alguno de las circunstancias que motivaron a "INDUSTRIAS E INVERSIONES SAMPER S.A." a desviar el producto de los créditos exteriores, como tampoco analizó la magnitud del proyecto realizado para el cual se autorizó y registró el préstamo, toda vez que, tanto una como otra circunstancia, son irrelevantes en el caso subjudice, en donde sólo era necesario demostrar el simple hecho de la desviación para poder aplicar la sanción". (fl. 106).

1.4.4 "Tampoco se desconoce el hecho que de las filiales son parte de la sociedad matriz y que la colaboración e interrelación entre unas y otras es la esencia del "Holding" o Grupo; pero tal interrelación no es causal que exima de responsabilidad por la compra de acciones de un banco, a través de filiales, con los dineros provenientes de créditos externos...." (fl. 106).

1.4.5 No se ha violado el debido proceso pues efectivamente las pruebas fueron solicitadas por fuera del término señalado en el Artículo 222 Decreto 444 de 1967, o tendían a demostrar hechos irrelevantes como es el del valor de las obras (fl. 107).

1.5 **La sentencia apelada**. El Tribunal en providencia de 16 de mayo de 1991 denegó las pretensiones de la demanda, por estimar que:

1.5.1 "...no son aplicables al procedimiento Administrativo ni a los presupuestos sustantivos del derecho contravencional Administrativo las norma penales,..." (fl. 251).

1.5.2 "...los dineros recibidos en préstamo del exterior, se aplicaron al fin previsto, pero también y fué lo que no se desvirtuó en éste proceso, a otro fín no previsto.

Y de esta forma la norma que permite es al mismo tiempo la que prohibe, pues solo a lo permitido era posible utilizar su producto." (fl. 258)

1.5.3 "Tampoco se dió la violación del derecho de defensa y del debido proceso al omitir la Superintendencia de Control de Cambios, el Decreto y práctica de una Inspección Ocular a las instalaciones de la demandante." (fl. 259).

1.6 **La apelación**. La sociedad actora interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia aduciendo que:

1.6.1 "...la **totalidad de los créditos externos obtenidos por la sociedad Industrias e Inversiones Samper S.A. fué aplicada hasta el último centavo a la ejecución de las obras del proyecto.**" (fl. 278) dado que "el costo total de las obras excedió considerablemente el valor de los créditos externos", el manejo de los recursos... se realiza por el sistema de "Caja Unica", y "las obras del proyecto fueron ejecutadas en su totalidad".

1.6.2 Dado que la sociedad reintegró en su totalidad los dólares obtenidos del préstamo, al Banco de la República, la infracción cometida, si es que alguna se cometió, no se trata de defraudación cambiaria, "por el cual, no se configuró la contravención típica para cuya investigación y sanción la Superintendencia mencionada tiene competencia. (fl. 279).

1.6.3 Al afirmar el *a-quo* "que en el juzgamiento de las contravenciones no es menester ajustarse a los principio de legalidad, antijuridicidad y tipicidad propios del derecho penal, el fallo recurrido, so pretexto de ceñirse a tales ideas, llega tácitamente a la aberración de estimas que **se puede aplicar una sanción a una conducta que no es contravención....**" (fl. 281).

1.7 **El concepto fiscal**. La Fiscalía Sexta de la Corporación representada por la Dra. Ana Margarita Olaya de Obando, solicita la revocación de la sentencia impugnada y en su lugar se declare la nulidad de los actos demandados, en atención a que:

1.7.1 "De acuerdo con el acervo probatorio allegado y además por cuanto la Superintendencia de Control de Cambios no hizo observación alguna sobre la forma en que "INDUSTRIAS E INVERSIONES SAMPER S.A.", obtuvo los créditos externos y cumplió con las formalidades de su registro, es por lo que, para la Fiscalía la operación de cambio generada por los créditos externos obtenidos por la Sociedad demandante se cumplió a cabalidad y con el lleno de los requisitos exigidos por la Ley." (fl. 346).

1.7.2 "La Fiscalía considera que no puede afirmarse que existió a ciencia cierta, desviación de los dineros de los dos créditos tantas veces citados a fines distintos, ..." (fl. 347).

1.7.3 "Aún cuando ello (desviación de los recursos) fuere cierto, se estaría tan solo en presencia de una operación financiera de carácter especulativo, cuyo control y sanciones estarían radicados en cabeza de otras autoridades administrativas;..." (fl. 348).

2. CONSIDERACIONES.

2.1 **Aplicación de los principios y normas penales en materia administrativa sancionatoria**. Respecto de la aplicación de los principios y normas del derecho penal, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, en señalar la diferencia existente entre este derecho y el derecho administrativo sancionatorio, desde el punto de vista de su finalidad, de sus órbitas de competencia, de su metodología y por ende, se ha predicado con insistencia la improcedencia de aplicar la normatividad y demás elementos de interpretación del derecho penal a las sanciones de carácter administrativo como la que nos ocupa. Así en la sentencia de 5 de abril de 1991, Consejero Ponente, Dr. Guillermo Chahín Lizcano, expediente No. 3116, se dijo:

> "Es ya reiterada la jurisprudencia de esta Superioridad en el sentido de excluir del derecho administrativo sancionatorio la normatividad y por ende la metodología penal. Es claro que el Derecho Administrativo es independiente respecto de aquél, aún en su aspecto sancionatorio, dada la existencia de una normatividad regulada por principios propios, autónomos que consultan unas finalidades y procedimientos muy distintos de los del derecho penal.
>
> Este, según la dogmática, escoge institutos jurídicos que considera dignos de tutela, por los más variados motivos, aún de índole moral, y supone que al imputar una sanción de tipo penal (prisión, arresto, multa, tec.) a las conductas que puedan poner en peligro o afectar tales institutos, los protege de dichos ataques, dado el desestímulo que ello implica para el potencial sujeto activo del hecho punible.
>
> Como la pena por lo general privativa de la libertad, es esencial para su procedimiento sancionatorio la contemplación clara y específica de unas notas características, por ejemplo: principio de favorabilidad, el derecho de defensa, la legalidad del delito, del procedimiento y de la pena, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en los hechos punibles, etc. Es una metodología y técnica propias de ese derecho.
>
> EL Derecho Administrativo sancionatorio, por el contrario, tiene finalidades propias, que en el campo económico, consultan, como se dijo, al orden público económico, y por lo mismo utiliza mecanismos para hacer cumplir sus preceptos que en general tienen que ver con sanciones de índole patrimonial. En materia económica, por ejemplo, no se puede sacrificar el superior interés del Estado so pretexto de aplicar principios extraños, que no cumplen utilidad alguna en el ámbito administrativo y sí, entorpecen las actuaciones administrativas, impidiéndoles cumplir con los objetivos para los cuales se adelantan.

No se quiere decir que no existan en común, eventualmente, algunas notas características de ciertos principios, ejemplo de lo cual pueden ser los principios orientadores definidos en el Artículo 3 del C.C.A., entre los cuales está el de contradicción, ligado estrechamente al derecho de defensa, tanto como que es su reflejo en materia administrativa, pero una cosa es advertir tal similitud y otra pretender, a raíz de ella, la plena intromisión de la metodología, técnica y aún la normatividad penal en el campo administrativo.

Es decir, se evidencia la semejanza, pero se deja claro dónde termina ésta, y dónde comienzan las órbitas particulares de cada rama del derecho."

2.2 Las anteriores consideraciones determinan el que no se pueda aceptar la confrontación directa con la normatividad penal a fín de fijar la ilegalidad de los actos acusados.

2.3 **La facultad sancionaria de la Superintendencia**. No aparece con claridad para la Sala, la existencia de la facultad sancionatoria de la Superintendencia, derivada del Decreto 444 de 1967, por los hechos que se señalan como infracciones al estatuto cambiario, en las resoluciones acusadas.

2.4 En efecto, el Artículo 217 literal d., *ibídem*, señala que compete a la Superintendencia de Cambios, (antes Prefectura de Control de Cambios), "imponer multas a los infractores de las disposiciones cuya vigilancia le corresponde", y si bien, el Artículo 127 y siguientes del mismo estatuto indican que la Junta Monetaria, reglamentará con carácter general los plazos, intereses, y demás condiciones de tales préstamos, las resoluciones expedidas por la Junta en desarrollo de esta atribución e invocadas como fundamento normativo para la aplicación de la sanción, en tanto contienen requisitos cuyo incumplimiento acarrearía las sanciones previstas en el Estatuto Cambiario, se limitan, en materia de destinación de recursos obtenidos con préstamos externos, a señalar que se demuestre a satisfacción de la Oficina de Cambios que el producto de tales créditos lo destinará el prestatario a "atender necesidades de capital de trabajo o de inversión directa en empresas dedicadas a producir bienes exportables del sector agropecuario, industrial o minero." (fl. 115), para el efecto de hacerse el registro de los préstamos externos en la Oficina de Cambios, la cual deberá verificar en este momento su cumplimiento. No obstante, la Superintendencia de Cambios conserva la facultad de vigilancia respecto de la inversión, toda vez que la operación cambiaria no culmina con el registro, sino con el giro de las divisas al exterior.

2.5 El requisito del registro ante la Oficina de Cambios cumple una doble finalidad, de una parte, la estadística y de otra, la de control respecto de los giros que hayan de hacerse al exterior, sea por concepto de intereses o de reembolso del principal. En desarrollo de su función de Control y Vigilancia, la Superintendencia de Cambios hubiera podido, si consideraba que la firma investigada había desviado los recursos del préstamo externo a inversiones no autorizadas, operar sobre el registro para impedir, mediante las correspondientes órdenes a la Oficina de Cambios, para evitar el giro de las divisas.

1.7.3 "Aún cuando ello (desviación de los recursos) fuere cierto, se estaría tan solo en presencia de una operación financiera de carácter especulativo, cuyo control y sanciones estarían radicados en cabeza de otras autoridades administrativas;..." (fl. 348).

2. CONSIDERACIONES.

2.1 **Aplicación de los principios y normas penales en materia administrativa sancionatoria**. Respecto de la aplicación de los principios y normas del derecho penal, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, en señalar la diferencia existente entre este derecho y el derecho administrativo sancionatorio, desde el punto de vista de su finalidad, de sus órbitas de competencia, de su metodología y por ende, se ha predicado con insistencia la improcedencia de aplicar la normatividad y demás elementos de interpretación del derecho penal a las sanciones de carácter administrativo como la que nos ocupa. Así en la sentencia de 5 de abril de 1991, Consejero Ponente, Dr. Guillermo Chahín Lizcano, expediente No. 3116, se dijo:

> "Es ya reiterada la jurisprudencia de esta Superioridad en el sentido de excluir del derecho administrativo sancionatorio la normatividad y por ende la metodología penal. Es claro que el Derecho Administrativo es independiente respecto de aquél, aún en su aspecto sancionatorio, dada la existencia de una normatividad regulada por principios propios, autónomos que consultan unas finalidades y procedimientos muy distintos de los del derecho penal.
>
> Este, según la dogmática, escoge institutos jurídicos que considera dignos de tutela, por los más variados motivos, aún de índole moral, y supone que al imputar una sanción de tipo penal (prisión, arresto, multa, tec.) a las conductas que puedan poner en peligro o afectar tales institutos, los protege de dichos ataques, dado el desestímulo que ello implica para el potencial sujeto activo del hecho punible.
>
> Como la pena por lo general privativa de la libertad, es esencial para su procedimiento sancionatorio la contemplación clara y específica de unas notas características, por ejemplo: principio de favorabilidad, el derecho de defensa, la legalidad del delito, del procedimiento y de la pena, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en los hechos punibles, etc. Es una metodología y técnica propias de ese derecho.
>
> EL Derecho Administrativo sancionatorio, por el contrario, tiene finalidades propias, que en el campo económico, consultan, como se dijo, al orden público económico, y por lo mismo utiliza mecanismos para hacer cumplir sus preceptos que en general tienen que ver con sanciones de índole patrimonial. En materia económica, por ejemplo, no se puede sacrificar el superior interés del Estado so pretexto de aplicar principios extraños, que no cumplen utilidad alguna en el ámbito administrativo y sí, entorpecen las actuaciones administrativas, impidiéndoles cumplir con los objetivos para los cuales se adelantan.

No se quiere decir que no existan en común, eventualmente, algunas notas características de ciertos principios, ejemplo de lo cual pueden ser los principios orientadores definidos en el Artículo 3 del C.C.A., entre los cuales está el de contradicción, ligado estrechamente al derecho de defensa, tanto como que es su reflejo en materia administrativa, pero una cosa es advertir tal similitud y otra pretender, a raíz de ella, la plena intromisión de la metodología, técnica y aún la normatividad penal en el campo administrativo.

Es decir, se evidencia la semejanza, pero se deja claro dónde termina ésta, y dónde comienzan las órbitas particulares de cada rama del derecho."

2.2 Las anteriores consideraciones determinan el que no se pueda aceptar la confrontación directa con la normatividad penal a fín de fijar la ilegalidad de los actos acusados.

2.3 **La facultad sancionaria de la Superintendencia.** No aparece con claridad para la Sala, la existencia de la facultad sancionatoria de la Superintendencia, derivada del Decreto 444 de 1967, por los hechos que se señalan como infracciones al estatuto cambiario, en las resoluciones acusadas.

2.4 En efecto, el Artículo 217 literal d., *ibídem*, señala que compete a la Superintendencia de Cambios, (antes Prefectura de Control de Cambios), "imponer multas a los infractores de las disposiciones cuya vigilancia le corresponde", y si bien, el Artículo 127 y siguientes del mismo estatuto indican que la Junta Monetaria, reglamentará con carácter general los plazos, intereses, y demás condiciones de tales préstamos, las resoluciones expedidas por la Junta en desarrollo de esta atribución e invocadas como fundamento normativo para la aplicación de la sanción, en tanto contienen requisitos cuyo incumplimiento acarrearía las sanciones previstas en el Estatuto Cambiario, se limitan, en materia de destinación de recursos obtenidos con préstamos externos, a señalar que se demuestre a satisfacción de la Oficina de Cambios que el producto de tales créditos lo destinará el prestatario a "atender necesidades de capital de trabajo o de inversión directa en empresas dedicadas a producir bienes exportables del sector agropecuario, industrial o minero." (fl. 115), para el efecto de hacerse el registro de los préstamos externos en la Oficina de Cambios, la cual deberá verificar en este momento su cumplimiento. No obstante, la Superintendencia de Cambios conserva la facultad de vigilancia respecto de la inversión, toda vez que la operación cambiaria no culmina con el registro, sino con el giro de las divisas al exterior.

2.5 El requisito del registro ante la Oficina de Cambios cumple una doble finalidad, de una parte, la estadística y de otra, la de control respecto de los giros que hayan de hacerse al exterior, sea por concepto de intereses o de reembolso del principal. En desarrollo de su función de Control y Vigilancia, la Superintendencia de Cambios hubiera podido, si consideraba que la firma investigada había desviado los recursos del préstamo externo a inversiones no autorizadas, operar sobre el registro para impedir, mediante las correspondientes órdenes a la Oficina de Cambios, para evitar el giro de las divisas.

2.6 Lo anterior conduce a la Sala a pensar que, no estando claramente tipificada la conducta de la empresa investigada como infracción cambiaria sujeta a la sanción de multa, ha debido la Superintendencia de Cambios utilizar sus poderes de vigilancia para, con la colaboración de otras entidades del Estado, Oficina de Cambios, Superintendencia Bancaria, adoptar las medidas del caso si encontró probados los hechos investigados.

2.7 Obsérvase al respecto, como lo anota la colaboradora Fiscal, que la propia operación cambiaria no fué controvertida por la Superintendencia y del acervo probatorio se desprende su realización en concordancia con las normas cambiarias (fl. 346).

2.8 **La prueba de los hechos sancionados.** Siendo lo anterior suficiente para determinar la ilegalidad de las resoluciones impugnadas, dada la incompetencia de la Superintendencia de Cambios para sancionar por ellas, con el tipo de sanción impuesta y la eventual falta de determinación normativa de la conducta en tanto que sancionable, conviene advertir, en coincidencia con la distinguida colaboradora Fiscal, que aún de admitirse que la desviación de los recurso provenientes de los créditos, constituye infracción cambiaria, y por tanto sancionable por la Superintendencia de Cambios, de las pruebas que obran en el expediente no se deriva el que la desviación sancionada se hubiera presentado, y más bien la siguientes pruebas tienden a desvirtuar tal hecho:

2.8.1 El costo de la obra para la cual se adquirieron los créditos en cuestión, la que fué determinada, fué de $11.460.301.000,00 (fl. 14 dictamen pericial), monto que supera notablemente la suma de dichos créditos (otorgados por el Chemical Bank de Nueva York y el Banco Industrial Colombiano de Panamá); $ 1.615.555.312,00 (US$ 30.000.000,00), y aún al monto total de todos los créditos obtenidos por la sociedad actora para la obra referida, pues este fue de $6.058.295.000,00 (US$ 117.638.000,00) (fls. 12-13- dictamen pericial).

2.8.2 De acuerdo con lo anterior, los peritos designados por el Tribunal, concluyeron que:

> "3.1 Qué al 31 de diciembre de 1982, la inversión en la nueva planta de cemento superó en CINCO MIL CUATROCIENTOS DOS MILLONES, SEIS MIL PESOS M/CTE, ($5.402.006.000) el monto de los préstamos en moneda extranjera recibidos por Samper con el mismo fin:
>
> 3.2 Qué el costo de las obras ejecutadas superó en un 89.2% el monto de los préstamos en moneda extranjera recibidos." (fl 15 dictamen pericial).

2.8.3 La demanda obtenía ingresos de diferentes fuentes, los cuales se utilizaron para diferentes objetivos, lo que determina que, de acuerdo con el principio de unidad de caja, no pueda aseverarse con certeza que los dineros empleados en las transferencias alegadas por la Superintendencia de Cambios, eran precisamente los provenientes de los créditos externos (fl. 16 dictamen pericial).

2.8.4 La eventual situación deficitaria en que pudo haber incurrido la actora, debido al constante flujo de dineros en los depósitos bancarios, no permite concluir, tampoco, a juicio de esta Sala, que se hubiera presentado la desviación de dineros sancionada por la Administración, tanto más cuanto que de acuerdo con la conclusión contable a que llegaron los peritos, "las Relaciones Financieras y Contables entre Compañías Asociadas, entre 1978 y 1982, registran un movimiento que puede considerarse normal dentro del Grupo" (fl 18 dictamen pericial), es decir, dentro del período en que produjeron los desembolsos de los dineros provenientes de los créditos en cuestión (octubre 10 de 1981 y octubre 26 de 1981). (fl. 13 dictamen).

2.9 Las razones esbozadas: incompetencia para aplicar la sanción por las conductas en mención, ausencia de tipificación de la conducta en las normas cambiarias, así como la insuficiencia probatoria respecto de la realidad de dichas conductas, determinan necesariamente la ilegalidad de la actuación de la Administración, por lo cual se revocará la providencia denegatoria del *a-quo*, y en su lugar se anularán los actos acusados, ordenándose la devolución del dinero consignado en la Tesorería General de la República, según el recibo de consignación No. 107929 cuya fotocopia auténtica figura a fl. 88.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVOCASE la sentencia de 16 de mayo de 1991 proferida en el proceso No. 048, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda.

En su lugar dispone:

1. Declárase la nulidad de las resoluciones Nos. 0675 de 13 de agosto de 1984 y 0921 de 19 de octubre de 1984 mediante las cuales la Superintendencia de Control de Cambios impuso una multa a la sociedad Industrias e Inversiones Samper S.A..

2. Ordénase a la Nación la devolución a la sociedad Industrias e Inversiones Samper S.A., de la suma de $26.600.000,00 consignada a título de multa en la actuación administrativa mencionada en el numeral anterior, más los intereses comerciales corrientes liquidados sobre dicha suma desde el día de la consignación hasta la fecha del presente fallo.

Reconócese personería jurídica a la Doctora Marcela Abella Palacios (fl. 274).

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que este fallo se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate. Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

NOTA DE RELATORIA: Se reiteró, además, la jurisprudencia que señala la diferencia existente entre el derecho penal y el derecho Administrativo sancionatorio, contenida en fallo de abril 5 de 1991, Exp. 3116, Ponente: Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS -Funciones-/**CONTROL DE CAMBIOS/INFRACCION CAMBIARIA** -Tipificación/**PRESTAMO EN MONEDA EXTRANJERA/** (Salvamento de voto).

La Superintendencia de Control de Cambios era competente para vigilar el cumplimiento de las disposiciones que regulan el cambio, tratándose de un préstamo en moneda extranjera a un particular y lo era también para imponer multas a título de sanción, si se desconocían las normas propias del régimen de cambios. El haber utilizado los recursos del préstamo externo para compra de acciones de una sociedad, implica una violación clara y concreta del régimen cambiario, sancionable por autoridad competente. Lo anterior, no es nada diferente del control en materia cambiaria y concretamente de las divisas obtenidas por particulares, a través de préstamos externos y las cuales tienen una destinación específica y no pueden por lo tanto, ser utilizadas libremente y menos para especular en el mercado accionario. Se alega la fungibilidad del dinero y la unidad de caja, para desvirtuar el cargo, pero dichos argumentos no resultan válidos ante los hechos, debidamente comprobados de utilización indebida de los recursos provenientes de los préstamos externos, que no cuestiona la parte actora.

DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO/DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Se debe excluir del derecho administrativo sancionatorio la normatividad y por ende la metodología penal. Es claro que el Derecho Administrativo es independiente respecto de aquel aún en su aspecto sancionatorio, dada la existencia de una normatividad regulada por principios propios, autónomos que consultan unas finalidades y procedimientos muy distintos de los del derecho penal. Como la pena es por lo general privativa de la libertad, es esencial para su procedimiento sancionatorio de unas características como el principio de favorabilidad , el derecho de defensa, la legalidad del delito,

etc. El Derecho Administrativo Sancionatorio por el contrario tiene finalidades propias, que en el campo económico, consultan al orden público económico y en general utiliza mecanismos que tiene que ver con sanciones de índole patrimonial.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES CONSUELO SARRIA OLCOS Y JAIME ABELLA ZARATE.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. -

Actor: Industrias e Inversiones Samper S.A.

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Con el debido respeto por la tesis mayoritaria de la Sala, contenida en la sentencia que antecede, procedemos a expresar las razones de nuestra discrepancia.

1. En el último párrafo de su parte considerativa la sentencia en cuestión afirma:

"2.9 Las razones esbozadas: incompetencia para aplicar la sanción por las conductas en mención, ausencia de tipificación de la conducta en las normas cambiarias, así como la insuficiencia probatoria respecto de la realidad de dichas conductas, determinan necesariamente la ilegalidad de la actuación de la Administración.....".

2. A nuestro juicio, en la actuación administrativa demandada no se presenta ni incompetencia para aplicar la sanción por las conductas en mención, no la ausencia de tipificación de la conducta en las normas cambiarias, ni la insuficiencia probatoria respecto de la realidad de dichas conductas.

3. De conformidad con el Artículo 216 del estatuto cambiario, Decreto 444 de 1967, la hoy Superintendencia de Control de Cambios tiene como función genérica y razón de ser, la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sobre el control de cambios y la de imposición de sanciones por violación del citado estatuto.

El Artículo 217 literal d) del mismo Decreto 444 de 1967, el enumerar detalladamente las funciones que corresponden a la que en esa oportunidad se llamaba la Prefectura de Control de Cambios, hoy la Superintendencia de Control de Cambios, establece como una competencia específica de dicha entidad, la de "imponer multas a los infractores de las disposiciones cuya vigilancia la corresponde....".

Las normas anteriores desarrollan el carácter de calidad de entidad de vigilancia y control, que justificó su creación y se reflejó en su primera denominación de "Prefectura de Control de Cambios" y consagran a su favor una competencia necesaria para hacer efectivo ese control, la competencia sancionatoria, que se concreta en la imposición de multas a los infractores del régimen cambiario, como instrumentos coercitivo para su cumplimiento.

Luego, el Artículo 220 del Decreto 444 de 1967 prescribe que cualquier violación a las normas sobre control de cambios será sancionada con multas impuestas por el Prefecto de Control de Cambios, hoy el Superintendente de Control de Cambios, a favor del Tesoro Nacional y el Artículo 221 *ibídem* regula la cuantía de dichas multas y establece que para fijarla se tendrán en cuenta las circunstancias dentro de las cuales fue cometida la infracción.

Uno de los aspectos regulados por el estatuto cambiario es el relativo a los préstamos en moneda extranjera a particulares y por ello en su Artículo 127 y siguientes se refiere a diferentes aspectos de dichos préstamos y difiere su reglamentación sobre plazos, intereses y demás condiciones a la Junta Monetaria, autoridad que reguló el tema en diferentes resoluciones.

Tratándose entonces de una materia que está sometida al régimen cambiario en sus normas generales y especiales y que implica el manejo de divisas, es claro que la Superintendencia de Control de Cambios era competente para vigilar el cumplimiento de las disposiciones que regulan el cambio, tratándose de un préstamo en moneda extranjera a un particular y lo era también para imponer multas a título de sanción, si se desconocían las normas propias del régimen de cambios, de conformidad con las normas a que se ha hecho referencia.

4. Tampoco se da, en el caso de autos, la ausencia de tipificación de la conducta en las normas cambiarias.

Según los considerandos mismos de los actos demandados, la conducta sancionada fue la de utilizar los fondos obtenidos a través del préstamo externo, para fines diferentes de los que originalmente se habían planteado al obtenerlo, ya que se destinaron a préstamos a otras sociedades para adquirir acciones del Banco de Bogotá, cuando el préstamo externo se había solicitado y obtenido para ampliación de la sede industrial de la sociedad actora.

De conformidad con los Artículos 127 y siguientes del Decreto 444 de 1967 y las resoluciones 73 de 1974 y 29 de 1976 expedidas por la Junta Monetaria, normas reguladoras de los préstamos externos a particulares, el producto de dichos créditos está destinado a fortalecer el capital de trabajo o a la inversión directa en empresas dedicadas a producir bienes exportables del sector agropecuario industrial y minero.

Por tanto, el haber utilizado los recursos obtenidos del préstamo externo, para compra de acciones de una sociedad, implica una violación clara y concreta del régimen cambiario, sancionable por la autoridad competente que lo era el Superintendente de Control de Cambios.

Lo anterior, no es nada diferente del control en materia cambiaria y concretamente de las divisas obtenidas por particulares, a través de préstamos externos y las cuales tienen una destinación específica y no pueden, por lo tanto, ser utilizadas libremente y menos para especular en el mercado accionario.

Es clara la infracción cambiaria en que incurrió la actora al utilizar unos dineros que estaban destinados para ampliar su sede fabril, a la compra de acciones sociales, de acuerdo con el Decreto 444 de 1967 y específicamente el Artículo 1o. literal a) de la Resolución # 73 de 1974 de la Junta Monetaria.

Y habiendo incurrido en una infracción cambiaria, se hizo acreedora a una sanción.

Ahora bien, se alega la fungibilidad del dinero y la unidad de caja, para desvirtuar el cargo, pero dichos argumentos no resultan válidos ante los hechos, debidamente comprobados de utilización indebida de los recursos provenientes de los préstamos externos, que no cuestiona la parte actora.

5. En efecto, no puede afirmarse como lo hace la sentencia que no compartimos, que hay insuficiencia probatoria respecto de la realidad de la conducta sancionada, porque tal como lo anotó el Tribunal *a-quo*, no haya ninguna prueba que desvirtúe los hechos en los que se fundó la decisión administrativa cuestionada.

Está comprobado que el producto de los dos créditos externos obtenidos por INDUSTRIAS E INVERSIONES SAMPER S.A., después de haber sido consignados en cuentas corriente de otras empresas a saber: Cementos Samper S.A., Productora de Minerales S.A., Comercial Minera S.A., Hidroeléctrica Industrial del Guavio S.A., Cómputo Bolivar S.A., fue utilizado por las sociedades ACISA S.A. y COMPUTO BOLIVAR S.A. para la adquisición de acciones del Banco de Bogotá y está igualmente comprobado que fue ese dinero y no otro, tal como lo afirma la Superintendencia de Control de Cambios en la parte considerativa de los actos demandados.

Pero no solo, no hay insuficiencia de prueba, sino que la actora, ni en la vía gubernativa, ni en l proceso contencioso administrativo trató de desvirtuar lo anterior, quizás porque estaba "suficientemente probado"; ella fundamentalmente alega que el proyecto que se iba a financiar parcialmente, con esos recursos, se ejecutó y para probarlo, solicitó el dictamen pericial realizado en la primera instancia y también argumenta que dada la fungibilidad del dinero y la unidad de caja, no hubo infracción.

Dichos planteamientos, no permiten llegar a afirmar que no hubo infracción cambiaria, pues estando comprobado como está, que los recursos provenientes del préstamo externo, esos y no otros, se utilizaron para compras acciones del Banco de Bogotá, se configuró la infracción cambiaria independientemente, de que después, luego de especular en el mercado bursátil, se hubiera ampliado la fábrica.

Aceptar lo contrario, permitiría utilizar recursos provenientes de conversión de divisas para actividades especulativas, con clara distorsión del sistema cambiario, con la única condición de que luego y al final se destinaron para los fines previstos en la Ley.

La finalidad de todo el sistema de control de cambios es justamente el manejo y vigilancia de las divisas y su incidencia en la economía interna del país, lo cual no se lograría si so pretexto de la unidad de caja y de la fungibilidad del dinero, los fondos originados en préstamos externos, pudieran utilizarse para fines especulativos.

Por otra parte, si el beneficiario del préstamo externo tenía "en caja" recursos suficientes para ejecutar el proyecto de ampliación de su sede fabril, pudiendo utilizar los recursos del préstamo externo para otras actividades diferentes, significaría que el préstamo no se requería para el fin que se propuso.

Por todo lo anterior, consideramos que los actos administrativos demandados, a través de los cuales se impuso una multa a la sociedad actora se ajustaron a derecho tal como lo dijo el Tribunal y su legalidad no fue desvirtuada, ya que la demanda planteó la controversia ante la jurisdicción administrativa, no para desvirtuar sus fundamentos, sino para comprobar que al final, se había ejecutado el proyecto de ampliación de la fábrica de la actora, a pesar de la infracción cambiaria en que incurrió.

Por lo tanto, no estando probada la ilegalidad de los actos demandados, la sentencia del *a-quo* que los declaró ajustados a la Ley ha debido confirmarse.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zarate.

BONOS PARA DESARROLLO Y SEGURIDAD INTERNA/VALOR NOMINAL/PRESCRIPCION/POTESTAD REGLAMENTARIA

El Decreto 1132 de 1992 no tiene por su naturaleza aptitud para adicionar la Ley 6a. de 1992 ya que está disponiendo que el valor al cual deben redimírselos BDSI (Valor nominal) sea una especie de las varias o muchas en que puede desdoblarse el congreso genérico de "valor" que fue el que utilizó el legislador. Así mismo este Decreto está estableciendo un sistema de prescripción extintiva de las obligaciones a cargo de la Nación mediante un Decreto Reglamentario que implica modificaciones al sistema ordinario o común de prescripción establecido en el Código Civil. También el legislador dispuso en la Ley 6a. de 1992 que la base para la liquidación de los BDSI estará constituida simplemente por el impuesto de renta, mientras que el Decreto, dijo que dicha base estaría constituida por el "impuesto de renta antes de restar los descuentos", lo cual implica que el reglamento cambió la base de liquidación. Suspende provisionalmente los siguientes apartes del Decreto 1132 de 1992: a) En el literal c) del Artículo 2o. las expresiones "nominal" y la "obligación de pago contenida en los BDSI a cargo de la Nación prescribe el 31 de diciembre de 1998". b) En el inciso final del Artículo 3o. la expresión "antes de restar los descuentos".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C. nueve de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref.: Expediente No. 4379. Actor: LUIS GUILLERMO NIETO ROA, contra la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Acción de nulidad con solicitud

de Suspensión Provisional contra los literales c) y d) del Artículo 2o. y el inciso final del Artículo 3o. del Decreto 1132 de 1992. AUTO

Decide la Sala sobre la admisión de la demanda de nulidad presentada por el ciudadano LUIS GUILLERMO NIETO ROA, contra el Decreto Reglamentario No. 1132 del 6 de julio de 1992 expedido por el Gobierno Nacional, del cual se demandan los Artículos 2o. literales c) y d) y 3o. inciso final.

ACTO ACUSADO

El demandante allegó un ejemplar del Diario Oficial No. 40496 del 8 de julio de 1992 en el que aparece publicado el Decreto 1132 del cual se demandan los preceptos que a continuación se transcriben:

"Artículo 2o. Características de los BDSI. Los Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI), tendrán las siguientes características:..... .....

"c) A su vencimiento se amortizan por el ciento por ciento (100%) de su valor nominal, para el pago de impuestos, retenciones, sanciones, intereses y anticipos, administrados por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público durante 1998, o en efectivo, entre el 1o y 10 de noviembre de 1998 por la Institución Financiera determinada en el literal h). La obligación de pago contenida en los BDSI a cargo de la Nación prescribe el 31 de diciembre de 1998."

"d) Los bonos BDSI no generan intereses."

"Artículo 3o.....

"Para el único efecto de determinar el monto de la inversión forzosa, los obligados a efectuarla aplicarán el veinticinco por ciento (25%) al impuesto de renta antes de restar los descuentos, que debieron determinar en la declaración de renta y complementarios que estaban obligados a presentar durante el año 1992."

LA DEMANDA

Solicita el actor, que se decrete la nulidad de los preceptos citados, por violación del Artículo 17 de la Ley 6a. de 1992; de los Artículos 83 y 338 de la Carta Política y de los Artículos 2517 y 2535 del Código Civil, ya que el Gobierno Nacional, al expedir el Decreto 1132 de 1992 procedió en forma irregular al adoptar disposiciones para las que carecía de competencia, en contradicción evidente con las nor-

mas que se predican violadas o por error en la interpretación de las mismas. Con relación a cada una de las normas legales que se predican como violadas se expone en el memorial de demanda del concepto de la violación.

Como la demanda fue corregida por el actor en atención a lo ordenado por Magistrado Sustanciador mediante auto del 22 de septiembre de 1992, ha de admitirse por cuanto reúne los requisitos formales.

SUSPENSION PROVISIONAL

De modo expreso en la demanda, se solicita la suspensión provisional de los actos acusados, con fundamento en las razones que a continuación se resumen:

La Ley 06 de 1992, en su Artículo 16, autorizó al Gobierno para realizar una operación de empréstito interno, mediante la modalidad de emisión de "Bonos para el Desarrollo Social y Seguridad Interna" (BDSI), y autorizó al Gobierno para decidir por Decreto algunas de sus características, lo que hizo a través del Decreto 1132 del 6 de julio de 1992, con el cual violó la Ley que le sirvió de base y otras Leyes. Formuló el actor cuatro cargos para demostrar la manifiesta violación de preceptos superiores y solicitar con fundamento en ella, la suspensión provisional. Dichos cargos se sintetizan así:

Primer cargo:

Dice el memoralista que de la simple confrontación de las normas, la cual realiza en doble conducta copiando el Artículo 17 de la Ley 6a. de 1992 y el literal c) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992, se evidencia que la norma acusada, agregó la expresión "nominal", al vocablo "valor" utilizado en la disposición legal que se reputa violada, "con lo cual lo que antes decía solamente valor pasó a ser valor nominal, que es bien distintos" (folios 22 y 23).

La expresión "valor nominal" conduce a que los valores entregados por los contribuyentes a título de bonos, no se recuperan por su valor real, sino por uno muy inferior como consecuencia del paso del tiempo y de la inflación. Para que las sumas que se devuelvan conserven su valor, deben tener el mismo poder adquisitivo al momento de la suscripción del bono y al final, cuando se deba producir su redención.

Segundo cargo:

Manifiesta el actor, luego de presentar en doble columna los textos de las normas en conflicto, el Artículo 17 de la Ley 6a. de 1992 y el literal d) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992, que existe violación manifiesta por cuanto el Gobierno al expedir los BDSI y reglamentar su suscripción obligatoria, debía darles el tratamiento de inversión lo cual se omitió, al suprimir la posibilidad de redimirlos con la adición

de sus intereses. Agrega que obligar a invertir una suma de dinero declarada de antemano improductiva, no es realizar una inversión.

Tercer cargo:

Plantea el peticionario que enfrentadas las disposiciones que regulan en el Decreto acusado el tema de la prescripción extintiva de la obligación a cargo de la Nación, con las que hacen lo propio en el Código Civil se percibe una manifiesta infracción de los preceptos superiores ya que la Administración no se hallaba investida de facultades para reformar los preceptos sobre prescripción, pues ésta facultad corresponde al legislador, y que, de otra parte, la Ley 6a. de 1992, no otorgó facultades extraordinarias al Gobierno para determinar cuando prescriben sus propias obligaciones.

Cuarto cargo:

Por último, el demandante expresa que al comparar el Artículo 17 de la Ley 6a. de 1992 con el inciso final del Artículo 3o. del Decreto 1132 de 1992 se advierte que existe una clara modificación de lo dicho en la norma legal respecto de la base para liquidar el monto de los BDSI. Con la norma acusada el Gobierno se tomó una competencia que no le correspondía, al elevar la cuantía de los bonos a ser suscritos, determinando una base distinta y superior.

Una cosa es el impuesto de renta liquidado, y otra bien distinta, aquel que existe antes de restar los descuentos, el cual no es aún exigible. La operación matemática de determinación del impuesto de renta luego de restar los descuentos puede derivar en una obligación cero para el contribuyente.

CONSIDERACIONES

El demandante, para efectos de la solicitud de suspensión provisional, que según su memorial debe recaer sobre las letras c) y d) del Artículo 2o. y el inciso final del Artículo 3o., del Decreto 1132 de 1992, plantea cuatro cargos, por medio de los cuales y luego de establecer una confrontación por el sistema de doble columna, entre las normas superiores que cita como vulneradas y las acusadas como violadoras, deduce que existe la contradicción manifiesta que exige el Código Contencioso Administrativo para que proceda la medida precautelativa. La Sala estudiará en el mismo orden planteado por el demandante dichos cargos:

1. El literal c) del Artículo 2o. del Decreto 1132 es, a voces de lo argüido por el demandante, violatorio en forma manifiesta del Artículo 17 de la Ley 6a. de 1992, inciso 3o. puesto que mientras el texto legal determina que los bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna se redimirán por su valor, el Reglamento califica la expresión "valor" con el adjetivo de nominal.

Hecha la confrontación que ordena la Ley para deducir si se da o no la contradicción manifiesta alegada, la Sala encuentra que no necesita realizar ningún raciocinio profundo para llegar a la conclusión de que el texto reglamentario, que no tiene su naturaleza aptitud para adicionar la ley, está disponiendo que el valor al cual deben redimirse los papeles aludidos (valor nominal), sea una especie de las varias o muchas en que puede desdoblarse el concepto genérico de "valor" que fue el que utilizó el legislador.

Prospera, pues, el cargo y en consecuencia se decretará la suspensión provisional de la expresión "nominal" en el texto del literal c) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992.

2. La demanda plantea que el literal d) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992, cuyo tenor es "los bonos (BDSI) no generan intereses", viola de manera flagrante el Artículo 17 de la Ley 6a. de 1992 en cuanto en dicha norma legal se habla de una inversión forzosa, la cual para que tenga éste carácter debe ser productiva.

Con respecto a éste cargo y hecha la debida confrontación, observa la Sala que no le asiste razón al demandante toda vez que deducir la violación alegada requeriría la realización de un análisis de tipo económico acerca del concepto de inversión y las implicaciones que pueda tener, además del concepto de valor, el hecho de reconocer o no intereses sobre el capital representado en los bonos que obligatoriamente deben suscribirse a título de inversión. Este análisis no está permitido en el trámite de la suspensión provisional ya que ella, como lo enseñan las normas que regulan dicha institución, debe fluir de la simple comparación normativa.

No siendo este el caso, no prospera el cargo y en consecuencia no se accederá a decretar la suspensión provisional del literal d) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992.

3. Se plantea igualmente que el literal c) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992 en la parte que dice "la obligación de pago contenida en los BDSI a cargo de la Nación, prescribe el 31 de diciembre de 1998", es violatoria en forma manifiesta, de los Artículos 2517, 2535 y 2536 del Código Civil, aduciendo que sin facultades para ello, el reglamento cambia los términos y reglas atinentes a la prescripción extinta de las obligaciones contenidas en las correspondientes Leyes.

De la misma manera como ha procedido para el estudio de los cargos anteriores, la Sala realiza la comparación entre las normas superiores que se predican violadas manifiestamente y las disposiciones del Decreto Reglamentario y encuentra que, efectivamente, existe dicha contradicción ostensible, toda vez que se está estableciendo un sistema de prescripción extintiva de las obligaciones a cargo de la Nación mediante un Decreto Reglamentario que implica modificaciones al sistema ordinario o común de prescripción establecido en el Código Civil. No tiene el Presidente de la República en ejercicio de su facultad constitucional de reglamentar las Leyes, la capacidad de modificarlas o de establecer las excepciones para casos especiales pues

ello equivaldría a que estuviera dotado de las mismas facultades legislativas del Congreso. Además observa la Sala que el reglamento hace coincidir, utilizando una facultad que corresponde claramente al legislador, la finalización del plazo para redimir los bonos con el término de la prescripción de la obligación de pago a cargo de la Nación.

Deben dársele pues prosperidad a las pretensiones del demandante decretándose la suspensión provisional de los apartes antes transcritos contenidos en el literal c) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992.

4.- Finalmente plantea el demandante una supuesta violación manifiesta resultante de comparar lo establecido por el legislador en el Artículo 17 de la Ley 6a. de 1992, respecto de la base que deben tomar las personas obligadas para liquidar el monto de los Bonos de Desarrollo Social y Seguridad Interna y lo que reguló el Decreto Reglamentario, en el Artículo 3o., sobre la misma materia.

A esta solicitud de suspensión provisional también deberá acceder la Sala ya que la encuentra plenamente justificada.

En efecto, basta observar que el legislador dispuso en la norma en referencia que la base para la liquidación de los BDSI estaría constituida simplemente por el impuesto de renta, mientras que el Decreto Reglamentario, en la norma cuya suspensión provisional se pide, dijo que dicha base estaría constituida por el "impuesto de renta, antes de restar los descuentos", lo cual implica, sin ningún esfuerzo para deducirlo, que el reglamento cambió la base de la liquidación que había establecido el legislador con lo cual le causa agravio manifiesto a la norma superior.

En consecuencia, se decretará la suspensión provisional de la expresión "antes de restar los descuentos" contenida en el inciso final del Artículo 3O del Decreto 1132 de 1992.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1. Admítese la demanda presentada por el ciudadano Luis Guillermo Nieto Roa contra los literales c) y d) del Artículo 2o. y el inciso final del Artículo 3o. del Decreto 1132 de 1992.

Se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al señor Agente del Ministerio Público.

b) Fíjese en lista por el término legal.

c) Solicítese al señor Ministro de Hacienda la remisión, con destino a éste expediente, de los antecedentes administrativos.

2. Suspéndense provisionalmente los siguientes apartes del Decreto 1132 de 1992:

a) En el literal c) del Artículo 2o. , las expresiones "nominal" y "la obligación de pago contenida en los BDSI a cargo de la Nación prescriba el 31 de diciembre de 1998".

b) En el inciso final del Artículo 3o. la expresión "antes de restar los descuentos".

c) No se suspende el literal d) del Artículo 2o. cuyo texto es "los bonos BDSI no generan intereses".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Jaime Abella Zarate. Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

BONOS PARA DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA/REDENCION DE BONOS

Mientras la ley se refiere a la redención de los bonos, por su valor, el Decreto establece para dicho efecto el valor nominal, lo cual no fue previsto por el legislador, e implica la consagración de una especie del género, adicionando la ley. Esa precisión hecha por el Decreto Reglamentario sobre la redención de los bonos por su valor nominal, bien hubiera podido precisarla el legislador, pero no podía hacerlo el ejecutivo a través de un Decreto Reglamentario que va más allá de la ley. Así mismo el Decreto establece la posibilidad de que los BDSI sean redimidos en efectivo, mientras que la ley solamente prevé la posibilidad de redención para el pago de impuestos, retenciones, sanciones y anticipos, con lo cual también se está consagrando una forma de redención que no podía ser consagrada a través de un Decreto Reglamentario. DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los términos "nominal" y "o de efectivo entre el 1o. y el 10 de noviembre de 1998 por la Institución Financiera determinada en el literal h)" del literal c) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. -Santafé de Bogotá D.C. nueve de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Ref.: Radicación 4418. Nulidad y suspensión provisional de los literales c) y d) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. Actor: CAMILO E. RAMIREZ BAQUERO. AUTO

Magistrada Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos*

El Doctor Camilo Ramírez Baquero, en ejercicio de la acción pública consagrada en el Artículo 84 del Código Contencioso demanda la nulidad de los literales c) y d) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992 expedido por el Gobierno Nacional.

La anterior demanda reúne los requisitos exigidos por los Artículos 137 y siguientes Código Contencioso Administrativo y por ello habrá de admitirse.

El actor solicita también la suspensión provisional de las normas demandas y sustenta esta petición en los siguientes términos:

"De acuerdo con el Artículo 152 del C.C.A., respetuosamente solicito la suspensión provisional de los literales c), y d), del Artículo 3 del Decreto 1132 de 1992, por su manifiesta infracción del inciso tercero 17 de la Ley 6 de 1992, como paso reiterarlo.

"1. Preceptúa inciso tercero del Artículo 17 de la Ley 6 de 1992:

"Los Bonos para desarrollo social y seguridad interna (BDSI), se redimirán por su valor con el pago de impuestos retenciones, sanciones y anticipos durante el año de 1998". (Subrayo).

"Siento tal "valor" de redención el mismo de la inversión, es decir una suma en pesos con igual valor al momento de redimirse los títulos que el tenía la que se desembolsó, no podía el Decreto establecer que tal valor sea uno una (sic) nominal y sin intereses como lo señalan los apartes acusados."

"2. El inciso violado restringe la forma de amortización del empréstito a la del pago de deudas fiscales. Sin embargo, el literal c), transcrito señala que también lo serán por el pago en efectivo, contemplando un supuesto no dado por la ley".

"Por ello reitero mi petición de que las normas acusadas sean suspendidas, ya que basta la confrontación directa de éstas con el inciso transcrito del Artículo 17, para hallar la contradicción entre ellas".

Para resolver sobre la petición de suspensión provisional, **la Sala considera**:

1. El accionante demanda la nulidad de los literales c) y d) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992, sin embargo, al referirse a la suspensión provisional, tal como quedó transcrito, la solicita respecto de los literales c) y d) del Artículo 3o. del Decreto 1132 de 1992.

A pesar de lo anterior, y dentro del contexto de la demanda, la Sala entiende que la medida cautelar la solicita respecto del mismo Artículo impugnado y procede

entonces a resolverla en relación con el Artículo segundo literales c) y d) del Decreto 1132 de 1992, los cuales dicen textualmente:

Decreto 1132 de 1992.

....

"Artículo 2o. ; CARACTERISTICAS DE LOS "BDSI". Los Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI), tendrán las siguientes características:

"..... .....

"..... .....

"c). A su vencimiento se amortizarán por el ciento por ciento de su valor nominal, para el pago de impuestos, retenciones, sanciones, intereses y anticipos, administrados por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales o por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público durante 1998, o en efectivo, entre el 1 y 10 de noviembre de 1998 por la Institución Financiera determinada en el literal h), La obligación de pago contenida en los BDSI a cargo de la Nación prescribe el 31 de diciembre de 1998.

d). Los bonos BDSI no generan intereses.

"....."

2. Considera el peticionario que dichos literales c) y d) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992 son manifiestamente violatorios del inciso tercero del Artículo 17 de la Ley 6a. de 1992, el cual dispone:

"Ley 6 de 1992.

Artículo 17.

"..... .....

....

Los Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI) se redimirán por su valor con el pago de impuestos, retenciones, sanciones y anticipos durante el año 1998.

....."

3. Observa la Sala que según el inciso transcrito del Artículo 17 de la Ley 6 de 1992, la inversión forzosa en Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI), tiene como características las siguientes:

a) Redimirse **por su valor**.

b) A través del pago de impuestos, retenciones, sanciones y anticipos.

c) Durante el año de 1998.

Mientras que las normas cuya suspensión provisional se solicita, establecen como características de los citados bonos:

a) Que a su vencimiento se amortizarán por el 100% de su **valor nominal.**

b) Para el pago de impuestos, retenciones, sanciones, intereses y anticipos durante 1998.

c) O en efectivo entre el 1 y el 10 de noviembre de 1998.

d) Los bonos BDSI no generan intereses.

O sea que mientras la Ley se refiere a la redención de los bonos, **por su valor**, el Decreto establece para dicho efecto el valor **nominal**, lo cual no fue previsto por el legislador, e implica la consagración de una especie del género, adicionando la Ley.

Es claro para la Sala que esa precisión hecha por el Decreto Reglamentario sobre la redención de los bonos por su valor nominal, bien hubiera podido precisarla el legislador, pero no podía hacerlo del ejecutivo a través de un Decreto Reglamentario, que va más allá de la Ley, al precisar una especie del género previsto por la Ley reglamentada.

De acuerdo con lo anterior la Sala considera que es procedente la suspensión provisional, no de todo el literal c) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992, sino el calificativo "**nominal**".

Por otra parte, dentro del mismo literal c) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992, se establece la posibilidad de que los BDSI sean redimidos **en efectivo**, mientras que la Ley solamente prevé la posibilidad de redención para el pago de impuestos, retenciones, sanciones y anticipos, con lo cual también se está consagrando, una forma de redención, que si bien puede considerarse conveniente y favorable para los inversionistas forzosos de dichos bonos, no podía ser consagrada a través de un Decreto Reglamentario, que sin duda adiciona la Ley reglamentada y por ello también habrán de suspenderse provisionalmente los términos ".... o en efectivo entre el 1 y 10 de noviembre de 1998 por Institución Financiera determinada en el literal h)".

En cuanto al literal d) del mismo Artículo 2 del Decreto 1132 de 1991, el cual prescribe que los bonos BDSI no generan intereses, observa la Sala, que el peticionario no precisa mayor argumentación y considera que para poder establecer la alegada infracción sería necesario hacer un análisis jurídico-económico del concepto de inversión y de su naturaleza productiva de rendimientos, lo cual no procede en la resolución de una solicitud de suspensión provisional, en la cual la violación debe ser manifiesta y surgir de una simple comparación entre las normas acusadas y citadas como violadas. Por ello, la Sala concluye que no procede la suspensión del literal d) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992.

En mérito de lo expuesto, del Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

RESUELVE

1. Admítese la anterior demanda.

2. Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público.

3. Notifíquese personalmente al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público o a su delegado para recibir notificaciones.

4. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

5. Solicítese al Ministro de Hacienda y Crédito Público el envío de los antecedentes administrativos. Término cinco días.

6. Decrétase la suspensión provisional de:

Los términos "nominal" y "o en efectivo entre el 1 y 10 de noviembre de 1998 por la Institución Financiera determinada en el literal h)", del literal c) del Artículo 2 del Decreto 1132 de 1992.

7. Se tiene al Doctor Camilo E. Ramírez Baquero como parte demandante.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zarate. Guillermo Chain Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

INSPECCION TRIBUTARIA/ACTA DE INSPECCION/LIBROS DE CONTABILIDAD -Presentación

El acta de inspección (o incluso el experticio contable) carece de fuerza enervante como para descalificar a perpetuidad el mérito de libros y papeles de comercio; es claro que el informe sobre la irregularidad contable de un ejercicio dado, acarrea en el mismo todas la consecuencias sancionatorias prevenidas por la Ley, pero ello no impide que, corregida la irregularidad, la contabilidad recobre su eficacia pues no hay norma que prohiba el saneamiento o descarte la recuperada validez probatoria, como no sea en el evento de la "no presentación". Tal expresión sin embargo, se debe interpretar en el sentido de oposición absoluta o negativa injustificada, porque el mismo Artículo 15 del Decreto 3803 de 1982 autoriza la comprobación de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito.

INSPECCION TRIBUTARIA -Duración

Si el otorgamiento jurídico tributario no fija un término preclusivo de duración de la inspección, ni señala el momento específico de la exhibición se colige necesariamente que ésta se puede iniciar desde la entrega del auto comisiorio o escrito que la exija, o simplemente en el curso de la visita, mientas la comisión visitadora permanezca en el domicilio del inspeccionado, en ejercicio de las funciones que les son propias, o no, caso en el que es obvio inferir el otorgamiento implícito de un plazo para la exhibición o la justificación de la no exhibición (de los libros de contabilidad) pues de otro modo, evidentemente, carecería de causa lícita o siquiera de explicación razonable, dicha permanencia e insistencia de los comisionados no obstante la renuencia del visitado.

DERECHO DE DEFENSA -Violación/**MEDIOS PROBATORIOS** -Valoración/ **ACTO ADMINISTRATIVO** -Motivación

Se desprende de las actas de inspección y los requerimientos administrativos, que las adiciones, rechazos y sanciones por cada uno de los semestres discutidos, no se basaron como legalmente procedía en el examen detallado de libros y efectos, ya que según los visitadores y auditores se fundaron exclusivamente en "al análisis de los comprobantes de diario por sus cuentas....". Tal conducta confirmada en las liquidaciones de revisión y las providencias que desataron los recursos, viola flagrantemente las reglas del debido proceso, contraría las normas sobre la debida motivación de los actos administrativos y se opone a los preceptos sobre la valoración y eficacia de la prueba en el proceso, ya que se trata de un caso en el que la mayor parte de las disposiciones que se dicen transgredidas es por haber imperado el arbitrio de los funcionarios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C. Dieciseis de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Ref.: Radicación No. 4147. Apelación sentencia de enero 30 de 1992 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de ventas correspondiente al primero y segundo semestres de 1981 y primero y segundo semestres de 1982. (Procesos acumulados).

Actor: Autos Francia Ltda. FALLO

Magistrada Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos*

De una parte, el Director de Impuestos Nacionales, de otra, AUTOS FRANCIA LTDA., y la actora, debidamente representados, apelan la sentencia de primer grado, de 30 de enero de 1992, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los contenciosos de restablecimeinto fiscal acumulados referentes al impuesto sobre las ventas de los semestres 1981 y 1982, promovidos, respectivamente, contra las liquidaciones de revisión números 974 de 28 de octubre de 1983 , 157, 165 y 164 de 1, 5 y 6 de marzo de 1984, y las resoluciones números 417, 111, 416 y 107 de 16 de junio, 24 de febrero, 16 de julio y 24 de febrero de 1987, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

Sobre los recursos, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala:

ANTECEDENTES

Basadas en actas de inspección tributaria y los respectivos requerimientos, las liquidaciones impugnadas incorporan estas modificaciones en los factores de liquidación privada:

1. **Semestre I, 1981.** Se adicionan "ventas brutas contabilizadas", no declaradas" ($4.917.304); se rechazan "ventas excluidas" ($4.269.287) y "ventas exentas" ($111.169); se corrige error en favor de la responsable, en el cómputo de los "descuentos facturados, no condicionados" ($162.514) y se determinan, un mayor valor de las "ventas netas gravables" ($9.135.256) y una diferencia por impuestos a cargo a tarifas del 6% y del 35% ($2.453.314); se desestiman impuestos descontables ("liquidados por vinculados económicos, $1.905.390) y se aplica sanción por inexactitud ("200%, sobre los impuestos dejados de declarar y los descuentos inexistentes") ($8.717.408).

2. **Semestre II, 1981.** Se adicionan "ventas brutas contabilizadas, no declaradas" ($4.924.660); se rechazan "ventas excluidas" ($4.031.103) y "ventas exentas" ($101.728); se corrige error en favor de la responsable, en el cómputo de los "descuentos facturados, no condicionados" ($508.724) y se determinan, un mayor valor de las "ventas netas gravables" ($8.548.767) y una diferencia por impuestos a cargo a tarifas del 6% y 35% ($3.288.829); se desestiman impuestos descontables ("costos y gastos de producción") $314.756; "liquidados por vinculados económicos", $45.350.389; y "cesiones internas", $40.408) (=$45.705.553) y se aplica sanción por inexactitud ("de conformidad con lo establecido por los Artículos 49 y 50 del Decreto 3803 de 1982") ($97.988.764).

3. **Semestre I, 1982.** Se desestiman impuestos descontables ("solicitados y no contabilizados") ($77.011.339).

4. **Semestre II, 1982.** Se desestiman impuestos descontables ("solicitados y no contabilizados") ($114.306.342).

Normas que se dicen aplicadas, por lo semestres de 1981: Artículos 53, ordinal 1, 57 y 58 del Código de Comercio; 26 y 27 del Decreto de 1988 de 1974, en consonancia con la Circular DIN # 11 de 1976; 16, ordinal 4, del Decreto 2815 de 1974; 28, 32 y 37 de la Ley 52 de 1977; 24, 25 y 36 del Decreto 825 de 1978; 14 del Decreto 1494 de 1978; 15, 49, 50 y 57 del Decreto 3803 de 1982; 97 de la Ley 9 de 1983; y 34 del Decreto 2821 de 1974, en consonancia con la Circular DIN # 11 de 1976.

Documentos que se dicen analizados, por los semestres de 1981: declaraciones tributarias, actas de inspección, respuestas a los requerimientos, libros auxiliares, "comprobantes de diario por subcuentas de la cuenta ventas 70" y "comprobantes de diario por subcuentas de la cuenta Estado 4360010 (Impoventas)"; por los demás

semestres, no se reporta examen documentario de las declaraciones, actas y contestación de requerimientos.

Se resumen los motivos esgrimidos por los actos de liquidación:

(Semestre I de 1981). No se desvirtúan las glosas del acta de visita, ni se presentan argumentos contra las diferencias establecidas entre los valores declarados y los reportados por aquélla; las facturas, los comprobantes de contabilidad y el certificado de contador público aportados, carecen de eficacia probatoria, las primeras, por no estar autenticadas conforme al Artículo 79 del Decreto 1651 de 1961; los restantes, porque solo hacen relación a las partidas declaradas, sin mencionar ni justificar las aludidas diferencias, no obstante el mérito que atribuyen a este último los Artículos 9 de la Ley 145 de 1960 y 98 de la Ley 9 de 1982, pero que fue desvirtuado por las conclusiones de la visita.

La nueva inspección contable, pedida con fundamento en el Artículo 17 del Decreto 3803 de 1982, es inconducente, por no existir contradicción respecto de los mayores valores determinados por la visita, ni haber parcialidad de los visitadores.

(Semestre II de 1981), Por comisión de 24 de febrero de 1983 se inició, el 28 de febrero subsiguiente, visita de inspección general de la contabilidad, día este en el que se produjo acta de presentación de libros, suscrita por el representante legal de la inspeccionada, estableciéndose la existencia de un libro mayor de 51 folios rubricados, no removibles, que solo presentaba registros contables de noviembre de 1975 a septiembre de 1981, y de un libro diario en los folios, no removibles, con asientos desde 30 de noviembre de 1980 a Octubre de 1981 evidenciándose el atraso de la contabilidad. El mismo día 28 de febrero, los libros fueron retirados sin aviso a la comisión visitadora o consentimiento de ésta, pretextándose el examen exigido por SOFAS, socia mayoritaria de la visitada, y devueltos el 4 de marzo inmediatamente posterior, ya con movimientos contables hasta diciembre de 1982 y agregándose un libro mayor no exhibido originalmente, no siendo valoradas las explicaciones sobre el retiro, pues, el Artículo 422 del Código de Comercio invocado al efecto, autoriza el examen de la contabilidad pero no el retiro de ésta.

Contra los planteamientos del requerimiento, se adujo una inspección ocular, iniciada el 5 de diciembre de 1983 y concluida el 15 de los mismo mes y año ante el Juzgado Trece Civil Municipal, pero sin constancias de su traslado, de la presentación personal de la solicitud, ni de los autos que habían decretado la prueba, o del nombramiento de los peritos, careciendo por ello del valor de prueba preconstituida, dado su carácter de testimonio privado, controvertible y opuesto al dictamen de la comisión visitadora, y que se había emitido ocho meses después del de ésta y se apoyaba en lo acaecido desde el 4 de marzo de 1983, fecha en que se presentaron todos los libros de contabilidad.

(Semestre I de 1982) (Se repiten los motivos del semestre II de 1981).

(Semestre II de 1982) (Se repiten los motivos del semestre II de 1981).

Los actos liquidatorios fueron confirmados íntegramente en la vía gubernativa, por razones similares.

LAS DEMANDAS

Síntesis de normas violadas y conceptos de violación:

(Semestre I de 1981).

a. Ni el acta de inspección, el requerimiento especial o la liquidación de revisión expresan, como causa de las adiciones y rechazos, el atraso de la contabilidad, su no presentación u ocultamiento o las maniobras para ponerla al día, según se afirma en la resolución del recurso gubernativo, contrariando ésta las prescripciones de los Artículos 59 y 84 del Decreto 01 de 1984, por carecer de motivación en estricto derecho, pues no resolvió las cuestiones fácticas y jurídicas presentadas en los actos administrativos procedentes y el recurso, y haberse expedido por ello en forma irregular.

b. La determinación de los impuestos y sanciones del período, no se fundó en los hechos demostrados en el expediente, conforme al Artículo 32 de Ley 52 de 1977, sino contra lo acreditado en el momento de la visita, en la contestación del requerimiento y el escrito del recurso; se aduce que la inspección restó eficacia probatoria a los comprobantes de diario, asientos y certificado de contador público, atribuyéndose al informe de los visitadores carácter inmodificable, no susceptible de prueba en contratio, a la manera de una presunción de derecho, cuando es un hecho que el personal de visitadores no susceptible de prueba en contratio, a la manera de una presunción de derecho, cuando es un hecho que el personal de visitadores no es calificado, pues éstos en su mayoría no son contadores públicos, y que, de acuerdo con el Artículo 92 del Decreto 1651 de 1961, de los datos del acta de inspección solo se presume que fueron tomados fielmente de los libros examinados, cuando el contribuyente no demuestre de los libros examinados, cuando el contribuyente no demuestre su inconformidad, la cual fue probada en el proceso administrativo, porque, con arreglo a las disposiciones citadas y las de los Artículos 15 del Decreto 3803 de 1982, 40 del Decreto 2821 de 1974, 98 de la Ley 145 de 1960, 51 y 53 del Código de Comercio y 1 del Decreto 1495 de 1978, normas quebrantadas, los documentos aportados sí tenían eficacia.

Estando demostrado que la sociedad entregó a los visitadores, el 28 de febrero de 1983 y el 4 de marzo del mismo año, la totalidad de sus libros y comprobantes de contabilidad quienes tuvieron en su poder hasta el 16 de marzo siguiente, fecha en la que libremente concluyeron la visita, tenía derecho a invocar sus libros como prueba,

conforme al citado Artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, resultando falsa la motivación impugnada y producida con abuso o desviación de poder, ya que tales funcionarios obraron con el propósito deliberado de causarle un perjuicio, apartándose del fín de la función pública, mediante la liquidación de un gravamen arbitrario, que no consultaba la prueba documental aportada.

En cuanto a la prueba anticipada surtida ante el Juzgado Trece Civil Municipal de Bogotá, dice el funcionario de recursos que con ella se viola el principio procesal de la lealtad entre las partes, pero quien falta a tal principio es precisamente dicho funcionario, pues la sociedad había pedido, tanto a éste como a los que conocieron del requerimiento especial, la práctica de una nueva inspección, que fue denegada con argumentaciones contrarias a la Ley. La prueba era "anticipada", en cuanto se proponía desvirtuar en el recurso de reconsideración las conclusiones del acta de inspección de la Administración, luego, tenía que ser posterior a ésta, de modo que habiendo desestimado el Juez Trece la oposición de la contraparte, representada por la abogada María Cristina Velásquez Galarza, debía concedérsele el mérito previsto por el Artículo 300 del Código de Procedimiento Civil, también quebrantado.

c. Está demostradó en el proceso que la sociedad, con estricta sujeción a los Artículos 26 y 27 del Decreto 1988 de 1974 y 14 del Decreto 1494 de 1978, llevaba una cuenta corriente del impuesto sobre las ventas, a la que acreditaba el impuesto por pagar y debitaban los impuestos pagados por compras, costos y gastos de administración y ventas, incluyéndose estos últimos en la declaración del semestre discutido y de los dos subsiguientes, para tener derecho a su descuento, en términos de los Artículos 16 del Decreto 2815 de 1974 y 10, letra c), del citado Decreto 1494 de 1978, por lo cual, el desconocimiento parcial de tal derecho infringe las disposiciones citadas.

Está probado, así mismo, que la sociedad no era productora ni importadora de bienes, sino distribuidora de éstos, de modo que respondía del impuesto en razón de prestar servicios gravados de reparación y ser vinculada económica de SOFASA, conforme al Artículo 5 del Decreto 1988 de 1974, y no por las ventas de que trata el Artículo 2 ib.; en consonancia con el Artículo 13 ib., la base gravable estaba dada por el "total del precio convenido", que lo era la cantidad de $348.296.628 declarada en el período, de la que se debían restar las ventas exentas, las excluidas y los descuentos efectivos; haber determinado ventas excluidas y exentas y de los descuentos efectivos, que la sociedad había determinado, respectivamente, con base en los Artículos 1, inciso 2, del Decreto 2810 de 1974, 8, numeral 10), del Decreto 1988 de 1974 y 18 ib.

d. La liquidación impugnada aplicó una sanción por inexactitud, contrariando manifiestamente los Artículos 27 de la Ley 52 de 1977 y 49 del decreto 3803 de 1982, pues la sociedad no omitió ventas, no declaró impuestos descontables inexistentes, ni incrementó las ventas exentas o las excluidas, es decir, que infringió las normas a las que debía estar sujeta, procediendo su anulación, a términos del Artículo 84 del Decreto 01 de 1984.

(Semestre II de 1981)

a. Los actos acusados, en particular la resolución del recurso gubernativo, dicen que la sociedad, durante la inspección contable, incurrió en irregularidades para hacer figurar la contabilidad al día y que las mismas estarían "detectadas en cuanto al atraso en los libros, evento suficientemente consignado en el Acta", pero no precisan tales irregularidades, debiendo colegirse que lo eran el atraso de libros, el hecho de haber dispuesto la sociedad de sus libros en el curso de la visita o el ocultamiento de éstos; más, según lo probado, no se dió tal ocultamiento, habiéndose limitado la sociedad a usar sus libros para dar cumplimiento al Artículo 422 del Código del Comercio, ni, por otra parte, el taxativo señalamiento del Artículo 34 del Decreto 2821 de 1974 contempla como irregularidad contable el atraso de libros o la utilización de éstos para el indicado fín legal, habiéndose convertido, los funcionarios que produjeron los actos acusados, en legisladores, función que los Artículos 76 y 79 de la Constitución atribuyen al Congreso Nacional.

Probado el hecho de que la sociedad presentó y entregó sus libros a la comisión visitadora el 28 de febrero y el 4 de marzo de 1983, que durante la inspección aquéllos mostraban movimiento contable hasta diciembre de 1982 y que los mismos fueron devueltos por los funcionarios, sin ningún apremio, el 16 de marzo de 1983, resultan falsas las afirmaciones referentes a su ocultamiento o atraso y que quebrantan los Artículos 38 de la Constitución y 37 de la Ley 52 de 1977, pues la facultad de la Administración para exigir la exhibición de la contabilidad, es reglada y debe ejercerse en el marco de estas disposiciones, mediante el examen de la totalidad de los registros contables por cada período; la verificación efectuada solo hasta septiembre de 1981 recorta ilegalmente el ejercicio del tal función pública.

b. (Se reproducen las argumentaciones relativas a la presunta violación de los Artículos 32 de la Ley 52 de 1977, 92 del Decreto 2821 de 1961, 15 del Decreto 3803 de 1982, 40 del Decreto 2821 de 1974, 98 de la Ley 9 de 1983, 9 de la Ley 145 de 1978 y 300 del Código de Procedimiento Civil, extractadas en la letra b) del primer semestre de 1981).

c. La técnica mercantil y contable, impone el ordenamiento cronológico de los comprobantes que respaldan los asientos del libro diario, base de los asientos del libro mayor que resume las cuentas; este movimiento depende, a su ves, de los asientes previos en cuentas y libros auxiliares; según el Artículo 49 del Código de Comercio, los libros auxiliares forman parte de la contabilidad; dado el volumen de operaciones de la sociedad, registrado entre septiembre de 1981 y diciembre de 1982, no era posible que este movimiento se asentara en un solo día, como así lo manifestaron los peritos en el experticio rendido ante el Juzgado Trece Civil Municipal.

Puesto que el hecho probado que a tiempo de la visita durante ésta, los libros de contabilidad de la sociedad tenían movimiento a 31 de diciembre de 1982, es falsa la afirmación de que éstos se hallaran atrasados o que no se hubieran presentado o se ocultaran, configurándose la falsa motivación y el abuso o desviación de poder, con

transgresión de los Artículos 84 del Decreto 01 de 1984 y 31 de la Ley 52 de 1977, por haber acudido los funcionarios a medios de retaliación y venganza, aparte de haberse incluido en la liquidación de revisión un hecho no contemplado en el requerimiento especial, la sanción por inexactitud, violándose el Artículo 46 ib., que da lugar a la nulidad de la liquidación a tenor de los Artículos 57 ib. y 84 del Decreto 01 de 1984.

d. (Se reproducen las argumentaciones relativas a la presunta violación de los Artículos 1, 2, 5, 8, 18, 21, 26 y 27 del Decreto 1988 de 1974, 1 del Decreto 2810 de 1974, 16 del Decreto 2815 de 1974 y 12 y 14 del Decreto 1494 de 1978, extractadas en la letra c) del primer semestre de 1981).

e. (Se reproducen las argumentaciones relativas a la presunta violación del Artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, extractadas en la letra d) del primer semestre de 1981, enfatizándose en el importe probado de las ventas brutas, los descuentos efectivos, las ventas exentas y las excluidas y los impuestos descontables).

(Semestre I de 1982).

(Se reproducen las argumentaciones relativas a la presunta violación de los Artículos 38, 76 y 79 de la Constitución, 37 de la le 52 de 1977 y 34 del Decreto 2821 de 1974, extractadas de la letra a) del 2 semestre de 1981; igualmente, de los Artículos 32 de la y 52 de 1977, 92 del Decreto 1651 de 1961, 15 del Decreto 3803 de 1982, 40 del Decreto 2832 de 1974, 98 de la Ley 9 de 1983, 9 de la Ley 145 de 1960, 51 y 53 del Código de Comercio, 1 del Decreto 1495 de 1978 y 300 de Código de Procedimiento Civil, de la letra c) del segundo semestre de 1981; igualmente, de los Artículos 5, 18, 26 y 27 del Decreto 1988 de 1974, 1 del Decreto 2819 de 1974, 16 del Decreto 2815 de 1974 y 14 del Decreto 1494 de 1978, de la letra c) del primer semestre de 1981, se añaden las violaciones de los Artículos 21 del Decreto 1988 de 1974 y 10 y 12 del Decreto 1494 de 1978; se enfatiza en los valores demostrados por el experticio contable rendido ante el Juzgado Trece Civil Municipal de Bogotá y en la ausencia de sanción por libros, que confirmará la corrección y actualización de éstos_.

(Semestre II de 1982).

(Como en el semestre inmediatamente anterior).

LA SENTENCIA APELADA

Son elementos esenciales de la decisión, conforme a la secuencia adoptada por el a-quo:

1. Proceso # 5771 (Semestre II de 1982).

Desestima el hecho exceptivo aducido por la Fiscalía, la falta de designación de la parte demandada, por encontrar que ésta se notificó y se opuso a la demanda sin proponer excepciones.

En lo de fondo, sostiene que los argumentos tocantes a sanción por libros y ocultamiento de éstos son impertinentes, porque el rechazo de los impuestos descontables en discusión se había producido simplemente por falta de su oportuna contabilización, conforme al Artículo 14 del Decreto 1494 de 1978, citado por la liquidación de revisión, teniendo por cierto el atraso de la contabilidad advertido por la Administración, pues los libros diario, mayor e inventarios y balances, solo mostraban contabilizaciones, respectivamente a octubre, septiembre y diciembre de 1982, punto en el que resultarían coincidentes las conclusiones del experticio contable practicado en la instancia del juicio.

1. Proceso # 5771 (Semestre II de 1982).

Reafirma el hecho del atraso de la contabilidad, asumiendo que si su exhibición a la comisión visitadora había tenido lugar el 28 de febrero de 1983, con asientos a septiembre de 1981, para enero de 1982, cuando se presentó la declaración del semestre, se habrían incluido impuestos descontables no contabilizados con arreglo al Artículo 14 del Decreto 1494 de 1978, "aunque la sociedad aparentemente actualizó los libros oficiales para el 4 de marzo de 1983 cuando los devolvió a los visitadores....".

No considera, de otro lado, que la adición de las ventas del período sea asunto de litis, porque observa que la actora no argumentó de fondo el punto, sino que se limitó, dentro del cargo e), a indicar como violado el Artículo 49 del Decreto 3803 de 1982 referido a la sanción por inexactitud.

Acerca de esta sanción, halla que el requerimiento no planteó su aplicación y que, por tanto, su inclusión en la liquidación de revisión está viciada de nulidad, a términos del Artículo 46 de la Ley 52 de 1977, otorgando prosperidad al cargo.

3. Proceso # 6079 (Semestre I, 1982).

Reproduce los razonamientos expuestos en relación con las cuestiones debatidas por el 2 semestre de 1982 (expediente # 5771).

4. Proceso # 6033 (Semestre I, 1981)

Rechaza la totalidad de los cargos formulados por el período:

El primero porque, no obstante admitir que por entonces los libros de contabilidad estaban al día, la comisión visitadora había establecido irregularidades que debían ser desvirtuadas por la actora y que habían motivado la resolución denegatoria del recurso, no encontrándose expedidos irregularmente o falsamente sustentados los actos acusados.

El segundo y el tercero porque, presentados los libros el 28 de febrero de 1983, retirados el 2 de marzo y devueltos el 4 de marzo, "no se presenta la violación del Artículo 37 de la Ley 52 de 1977, ni del Artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, por no exhibición u ocultamiento de los libros de contabilidad", y que siendo la contabilidad prueba a favor del obligado a llevarla, incumbía a la actora, "probar con su contabilidad los cuestionamientos hechos por la Administración, ya que los visitadores encontraron irregularidades contables en cuanto a la obligación de hacer los asientos en orden cronológico, error corroborado por el dictamen pericial practicado por esta Corporación (....) del cual se pueden extraer los siguientes apartes..." (se transcriben los apartes anunciados).

El dictamen, pues, constituiría prueba adicional de no haberse desvirtuado las glosas del período.

Y el último de los cargos porque, no llamados a prosperar los anteriores, se desprendería que, "las irregularidades detectadas a suministrar en la declaración por lo menos datos o factores equivocados, incompletos o desfigurados" habrían dado lugar a un menor impuesto, que no haría viable levantar la sanción por inexactitud.

LOS RECURSOS

Pide la parte demandada, en relación con el proceso # 5772 (2 semestre de 1981), revocar la decisión estimatoria de la pretensión de nulidad de la sanción por inexactitud, fundada en el supuesto de haberse establecido en juicio, irregularidades referentes a la solicitud de impuestos descontables no contabilizados y a la omisión de ventas gravables, reconfirmadas por el experticio contable emitido en la instancia y que demostrarían la legalidad de la actuación administrativa, conforme a los Artículos 42 y 46 de la Ley 52 de 1977.

Por este aspecto, la sentencia resultaría contradictoria, en cuanto ratifica la adición a las ventas gravables y el rechazo de los impuestos descontables, pero "pretende levantar la sanción correspondiente a semejantes irregularidades....", sin observar que la misma era "consecuencia de la respuesta que el contribuyente (sic) dió a las glosas propuestas por la Administración, sanción que se encuentra configurada en el Artículo 49 del Decreto 3803 de 1982 y cuyos supuestos básicos están plenamente advertidos en la sentencia que se apela.....".

La demandante, respecto de cada uno de los ejercicios en controversia, sostiene:

1. Proceso # 5771. En las decisiones judiciales, según el Artículo 228 de la nueva Constitución, debe prevalecer el derecho sustancial, que lo era, en el caso el que tenía la sociedad, según los Artículos 20 y 21 del Decreto 1988 de 1974, de descontar el impuesto pagado en compras, acreditado en cifra de $114.303.342, mediante la prueba anticipada y el dictamen pericial, y cuyo reconocimiento procedía aun en circunstancia de que fuera cierto que el mismo no se hubiera contabilizado,

pues la contabilización era un requisito formal que no se oponía al ejercicio o la admisibilidad del derecho sustancial.

El Artículo 26 ib., había previsto el manejo del impuesto en una cuenta corriente auxiliar que, como tal, se debía asentar en libros auxiliares, no en los mayores, así, posteriormente, el Decreto 3541 de 1983 prescribiera una cuenta al mayor denominada "impuesto a las ventas por pagar".

Está demostrado en autos, por la prueba anticipada y el experticio contable de instancia, que la sociedad llevaba una cuenta auxiliar en forma, a la que había debitado los impuestos pagados en compras, hecho que testimonian los visitadores en el epígrafe de libros auxiliares del acta de 28 de febrero de 1983, que dice, "ventas, compras, impuestos a las ventas por pagar, acreedores varios, clientes vehículos, clientes en taller y almacén y clientes de matrículas, gastos generales, productos financieros", debiendo tenerse por cumplidos estrictamente los requisitos del citado Artículo 26 del Decreto 1988 de 1974, puesto que dichos funcionarios no niegan la contabilización del ítem en la cuenta auxiliar. El fallo quebranta las citadas normas y pretende aplicar retroactivamente el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 sobre la cuenta mayor o de balance. Del mismo modo, interpreta erróneamente el Artículo 14 del Decreto 1494 de 1978, que en parte alguna dispone registrar los impuestos pagados por compras en libros mayores, como requisito de admisibilidad de los mismos.

El supuesto atraso de libros, pues, no podía ser causa del rechazo de los impuestos descontables reclamados. De otro lado, estando probado que los libros fueron devueltos a la comisión visitadora el 4 de marzo de 1983, con movimientos hasta el 31 de diciembre de 1982, ello constituye indicio de que los libros registraban ese movimiento el 28 de febrero anterior, pues absolutamente imposible que, dada la dimensión de la contabilidad de la sociedad, se pudieran haber realizado contabilizaciones los días 1, 2 y 3 de marzo. El indicio debe ser apreciado como prueba, por su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con las pruebas traídas al proceso, en términos de los Artículos 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil.

Adicionalmente, como se mencionó en los alegatos de conclusión, una Ley posterior permite poner la contabilidad al día, dentro de los cinco u ocho días siguientes a la notificación del acto que ordena la inspección, precisamente para evitar inequidades, sin que, en el caso, se vea razón jurídica alguna para que no se apliquen sus postulados, más aún cuando, de conformidad con el Artículo 229 de la nueva Constitución, las providencias deben someterse al imperio de la Ley.

2. Proceso # 5772. (Respecto de los impuestos descontables, remite a las argumentaciones precedentes).

La decisión relativa a la adición de las ventas gravables, se aparta del contenido de la demanda, porque tal adición fue presentada como materia de litis en los cargos d) y e) de aquélla, donde se indica la transgresión de la normatividad sobre las ventas exentas y las excluidas y los impuestos descontables y se demuestra que la sociedad

no omitió valores por enajenación de bienes gravados, de modo que la partida agregada resulta inventada por los visitadores.

3. Proceso # 6079. (Remite a los argumentos del proceso # 5771, en materia de impuestos descontables).

4. Proceso # 6033. La sentencia se apoya en el hecho de haber identificado, como del "año de 1982", el movimiento contable por 1981, pero ello no implica que los asientos no se hubieran hecho en orden cronológico, pues se trataba de un error en el título y no en el movimiento contable, error que, por lo demás, fue salvado por contador público, en los términos del Artículo 57, numeral 3, del Código de Comercio, según lo hacen constar los escritos. Por ello, no es cierto que la sociedad hubiera incurrido en irregularidades atinentes al orden cronológico de sus libros, ni que el dictamen pericial corrobore tales irregularidades; contrariamente, éste, en diversos apartes, tiene por desvirtuadas las apreciaciones de los visitadores.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La actora se reafirma en postulados fundamentales de la demanda y recurso, subrayando la circunstancia de que el Artículo 2 del Decreto 1354 de 1987, en el evento de la exhibición de libros de contabilidad exigida por la Administración tributaria, autorice términos de cinco u ocho días hábiles para la exhibición, contados desde la fecha de la correspondiente solicitud escrita, norma que, no obstante ser posterior a los hechos averiguados, habría recogido el clamor de los contribuyentes por los repetitivos abusos en materia del atraso de la contabilidad, y cabría ser aplicada al caso, por equidad y justicia, en desarrollo del Artículo 229 de la Constitución.

La demandada, a su vez, dice que la norma aplicable, tratándose de los impuestos descontables, era el Artículo 14 del Decreto de 1978, particularmente en sus numerales 3, 4, y 5, recogidos luego por el Artículo 15, parágrafo 1, inciso 1 del Decreto 3541 de 1983, infringidos por la demandante, cuya claridad no admitiría duda referente al manejo de la cuenta corriente del impuesto, la procedencia del descuento por impuestos pagados y la oportunidad para solicitar en la declaración los contabilizados, regulaciones igualmente adoptadas por impuestos pagados y la oportunidad para solicitar en la declaración los contabilizados, regulaciones igualmente adoptadas por los Artículos 18, 30 y 41 ib. y el Estatuto Tributario, advirtiéndose que, en este último, las disposiciones citadas obran en el libro 3, contentivo de preceptos de carácter sustantivo del impuesto, en tanto que las normas procesales figuran en el libro 5.

La Administración habría actuado con sujeción a las reglas constitucionales del debido proceso, en el sentido de aplicar las disposiciones que regían en el momento de sucederse los hechos, las cuales habrían mantenido su fuerza legal con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, en forma que, para el reconocimiento

del derecho sustancial pretendido, se debía pedir éste en el término señalado por la Ley vigente y con el lleno de las formalidades fijadas por la misma, exigencias no satisfechas por la demandante.

En consecuencia, carecería de fundamento la suposición de que ninguna norma legal imponía llevar en libros mayores la cuenta "impuesto a las ventas por pagar", bastando una cuenta auxiliar, toda vez que el Decreto 1988 de 1974, en su capítulo VIII, otorgaba el derecho al descuento, y en el IX, establecía los requisitos de forma y tiempo para tal fin, cuyo mismo contenido sería el Artículo 14, numerales 3, 4 y 5, del Decreto 1494 de 1978. Sobre el particular transcribe apartes de la sentencia de la Sala, de 20 de abril de 1990, dictada en el proceso # 2483, actor Naser Lezaca y Cia., con ponencia del Señor Consejero Guillermo Chahín Lizcano.

Por lo que hace el atraso de la contabilidad, cree que las propias manifestaciones de la cual implican aceptación expresa de la realidad establecida por la Administración al efectuar la visita contable, con la obvia consecuencia del rechazo de los impuestos descontables por ausencia de su contabilización, y que no era aplicable la nueva norma citada por la demandante, la referida al plazo para presentar los libros, por falta de un precepto jurídico que así lo permitiera, debiendo tener eficacia, contrariamente, la normatividad vigente entonces, el título IV, libro I del Código de Comercio y el Artículo 33 del Decreto 2821 de 1974, que no admitía dilaciones, ni daba oportunidades para poner al día la contabilidad, sin que procediera, de otro lado, concederse efecto retroactivo a dicha nueva norma, el Artículo 2 del Decreto 1354 de 1987.

Luego recapitula las principales actuaciones cumplidas en los cuatro procesos acumulados, manifestándose en consonancia con las apreciaciones y conclusiones de las respectivas decisiones desestimatorias del a-quo.

Expresa, finalmente, coadyuvar los fundamentos de la apelación promovida por la Administración, destacando el hecho de que el requerimiento especial, conforme al Artículo 42 de la Ley 52 de 1977, en armonía con los Artículos 41, último inciso, y 46 ib, hubiera expuesto todos los puntos que se proponía modificar de la liquidación privada, de los que habría surgido la necesidad de aplicar la sanción por inexactitud, sin que fuera imperativo plantear ésta en el requerimiento, por no exigirlo así el Artículo 42 ib., como sí lo habría de exigir el Artículo 45, inciso 2. del Decreto 2503 de 1987, variándose la concepción del legislador.

El Señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, se pronuncia por la confirmación de la sentencia apelada:

En lo concerniente al levantamiento de la sanción por inexactitud en el proceso # 5772, porque, en su entender, era indiscutible que el requerimiento no había propuesto la aplicación de la sanción, contrariándose la preceptiva de los Artículos 42 y 46 de la Ley 52 de 1977, independientemente de que se hubieran dado, o no, las irregularidades en que se dijo incursa la sociedad, pues lo que se debatía era sí, para

imponer la sanción, se habían observado las pertinentes disposiciones legales, esto es, las reglas del debido proceso.

Respecto de los demás procesos, por compartir, en lo esencial, las razones del a-quo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La práctica de visitas contables, por funcionarios de la Administración Tributaria, es materia poco regulada en el régimen impositivo, más no por esto del arbitrio de inspectores o visitadores, pues la discrecionalidad en la actuación administrativa se contrae a la mera facultad de valorar libremente los motivos de oportunidad o conveniencia que harían viables una decisión de cierto sentido, en el entendimiento de que existe norma expresa, legal o constitucional, que contempla dicha facultad y que los desarrollos de ésta se sujetan a los fines de la norma preexistente y al supuesto de hecho que es causa de la decisión (Artículo 36, Decreto 01 de 1984).

Los visitadores, por lo común, no son contadores públicos, ni se conoce precepto legal que exija tal calidad; así como no se sabe de otras particulares ritualidades de la visita, que las atenientes a la notificación del denominado auto comisorio o del escrito que ordena la exhibición y el traslado de la respectiva acta ("cuando no proceda el requerimiento especial o traslado de cargos"), de donde, no cabe atribuir a la inspección tributaria el efecto de experticio contable, aun debiendo considerarse sus datos fielmente sacados de la contabilidad, que es presunción susceptible de prueba contraria (Artículo 92, Decreto 1651 de 1961).

El acta de inspección (o, incluso, el experticio contable), carece de fuerza enervante como para descalificar a perpetuidad el mérito de libros y papeles de comercio; es claro que el informe sobre irregularidad contable de un ejercicio dado, acarrea en el mismo todas las consecuencias sancionatorias prevenidas por la Ley, pero ello no impide que, corregida la irregularidad, la contabilidad recobre su eficacia, pues no hay norma que prohiba el saneamiento o descarte la recuperada validez probatoria, como no sea en el evento de la "no presentación", de que trata el Artículo 15 del Decreto 3803 de 1982.

Tal expresión, sin embargo, se debe interpretar en el sentido de oposición absoluta o negativa injustificada, porque el mismo Artículo autoriza la comprobación de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y los Artículos 132 del Decreto 1651 de 1961 y 285 y 288 del Código de Procedimiento Civil, prevén instancias de requerimiento previo a la exhibición documentaria y de oposición y exculpación, lo cual significa, de una parte, que solo de la renuencia injustificada cabe derivar las consecuencias adversas de la "no presentación", y, de otra, que la exhibición de la contabilidad, en ningún caso se puede entender como carga "instantánea" o inmediata del obligado o inspeccionado.

Esto es así, adicionalmente, porque si el ordenamiento jurídico tributario no fija un término preclusivo de duración de la inspección, ni señala el momento específico de la exhibición, se colige necesariamente que ésta se puede iniciar desde la entrega del auto comisorio o escrito que la exija, o simplemente en el curso de la visita, mientas la comisión visitadora permanezca en el domicilio del inspeccionado, en ejercicio de las funciones que le son propias, o no, caso en el que es obvio inferir el otorgamiento implícito de un plazo para la exhibición o la justificación de la no exhibición, pues, de otro modo, evidentemente, carecería de causa lícita, o siquiera de explicación razonable, dicha permanencia e insistencia de los comisionados, no obstante la renuencia del visitado.

Aunque el Artículo 2 del Decreto 1354 de 1987, que expresamente concede el plazo, no era exáctamente aplicable a la cuestión aquí ventilada solo por el principio de la aplicación de la Ley en el tiempo, es manifiesto que reafirma las reglas de juicio anteriormente expuestas que, por lo demás, constituyen jurisprudencia reiterada por la Sala en numerosas providencias.

Ahora bien, está probado en el proceso que la sociedad demandante, a tiempo de la comunicación del auto comisorio, el 28 de febrero de 1983, entregó a la comisión visitadora, conforme a lo dispuesto en aquél, la totalidad de sus libros y efectos de comercio; lo es, así mismo, que a pesar del "retiro" transitorio de que fueron objeto los mencionados libros y papeles, explicó las razones que habían dado lugar a ello, pidió por escrito autorización para reanudar la exhibición documentaria el 7 de marzo de 1983, puso a disposición de los comisionados, entre otros documentos, el libro mayor auxiliar y demás libros auxiliares, las facturas de ventas y compras y los comprobantes de contabilidad y, de todos modos, volvió a entregar íntegramente la contabilidad el 4 de marzo de los citados mes y año; igualmente que los citados comisionados, recibida ésta, permanecieron en funciones hasta el 16 de marzo del mismo año, fecha en que la devolvieron todos los documentos de que se le había hecho entrega; así lo demuestran las actas de la comisión de 28 de febrero y 3 de marzo y los oficios de 3 y 4 de marzo suscrito por ésta, que formalmente puso término a la visita (Cfr. folios 28 a 46, cuaderno principal).

Es incuestionable, por tanto, que la propia documentación producida en el curso de la inspección tributaria desvirtúa la hipótesis de la "no presentación"; en efecto, pese a la alegada "renuncia" de la visitada, lo cierto es que, habiéndose adelantado la inspección entre el 28 de febrero y el 16 de marzo de 1983, sin interrupción probada, se concedió, de hecho, un plazo para la exhibición de la contabilidad, cuando menos hasta el 4 de marzo día en que, según se vió , la comisión visitadora recibió nuevamente la contabilidad completa, sin hacer ninguna clase de reparos, excepto el de que ésta apareciera "actualizada"; pero ya se expresó también que no configurado el supuesto de la oposición o negativa injustificada al examen contable, tal enmienda, si la hubo, no estaba prohibida, ni era oponible como causa de inadmisibilidad de los libros y efectos contables.

Se desprende de las actas de inspección y los requerimientos administrativos, que las adiciones, rechazos y sanciones por cada uno de los semestres discutidos, no

se basaron, como legalmente procedía, en el examen detallado de dichos libros y efectos; claramente dicen los visitadores y auditores, haberse fundado exclusivamente en "el análisis de los comprobantes de diario por subcuentas de la cuenta "VENTAS 70" (....) y de los comprobantes de diario por subcuentas de la cuenta "ESTADO 4360010" (Impoventas), que se adjunta a esta sustentación hasta el mes de septiembre....", esto es, en una fracción mínima de la documentación contable que habían tenido siempre a disposición desde el día 28 de febrero de 1983.

Tal conducta, reconfirmada en las liquidaciones de revisión y las providencias que desataron los recursos de la vía gubernativa, viola flagrantemente las reglas del debido proceso, contraría las normas sobre la debida motivación de los actos administrativos y se opone a los preceptos sobre la valoración y eficacia de la prueba en el proceso; se trata de un caso singular, en el que la mayor parte de las disposiciones invocadas por la parte demandada, se advierten transgredidas, por haber imperado el arbitrio de los funcionarios a quienes se confió la investigación y fiscalización del tributo.

Contrario a lo que sostienen la parte demandada y el a-quo, el experticio contable emitido en la primera instancia del juicio, no solamente demuestra la corrección de la contabilidad que rehusó analizar la comisión visitadora y la consistencia de ésta con las declaraciones tributarias de los semestres discutidos, salvo por "pequeñas diferencias, no materiales, y otras que significaron un mayor valor a pagar por parte de Autos Francia, Ltda.", sino que testimonia la vaguedad y falta de prueba sobre la afirmación de que la contabilidad hubiera sido realmente "actualizada" en el curso de la visita.

Sin que se requiera el examen sobre la procedencia de la pericia aducida por la actora como prueba anticipada, hasta aquí es claro que los funcionarios que produjeron las actas de inspección y los requerimientos administrativos, obraron sin fundamento legal, dando lugar a la nulidad de sus actos y de las posteriores actuaciones administrativas que se sustentaron en éstos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

Revócase la sentencia apelada.

En su lugar, declárense nulos los actos Administrativos por los cuales se determinaron los impuestos y sanciones correspondientes a los semestres 1 y 2 de 1981 y 2 de 1982, en materia del impuesto sobre las ventas, y se decidieron los respectivos

recursos gubernativos, a saber, las liquidaciones de revisión números 974, 157, 165 y 164 de 28 de febrero, 16 de julio y 24 de febrero de 1987, en su orden, notificadas a la Sociedad AUTOS FRANCIA, LTDA. NIT. 60.046.629.

Como consecuencia, para cualquier efecto legal, son firmes las liquidaciones privadas que, por los señaladós semestres de 1981 y 1982, presentó la sociedad antes citada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase .

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zarate. Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

IMPUESTO DE REMESAS -Determinación

La obtención de utilidades comerciales durante el ejercicio fiscal no lleva inexorablemente a la determinación del tributo de remesas, porque en primer lugar, la Ley tributaria en armonía con las normas que regulan la inversión extranjera y los cambios internacionales, previó que el impuesto se causa, no por la obtención de utilidades comerciales en el país, sino por la transferencia de dichas utilidades al exterior. Así mismo se ha dispuesto que el impuesto de remesas no se causa sobre la parte de las utilidades comerciales que se capitalicen en la misma sucursal, por lo que no puede afirmarse que el impuesto sea el resultado de aplicar el 20% a dichas utilidades. También cuando las utilidades no capitalizadas se retengan en el superávit se permite diferir como impuesto por pagar el correspondiente gravamen.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. - Santafé de Bogotá, D.C., Octubre dieciseis de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Ref.: Expediente No. 4201. Actor: STIRLING INTERNATIONAL CIVIL ENGINEERING LTDA. NIT. 60.072.881. Apelación de la sentencia del 30 de marzo de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1985

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de la Nación contra la sentencia del 30 de marzo de 1992 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de

nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad STIRLING INTERNATIONAL CIVIL ENGINEERING LTDA. NIT. 60.072.881, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, le determinó mediante liquidación de corrección del impuesto de renta, complementarios y sanciones para la vigencia fiscal de 1985.

ANTECEDENTES

La contribuyente presentó la declaración de impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1985, el día 22 de abril de 1986, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, la cual quedó radicada con el # 000853 DIN, y en la que la contribuyente se determinó privadamente el impuesto de renta y complementarios por valor de $15.780.502.

Mediante la liquidación oficial # 075524 del 22 de abril de dicha Administración practicó corrección aritmética a la sociedad contribuyente con el fín de liquidar el impuesto de remesas que el computador, según dice el memorando explicativo, le calculó en $9.382.026, y de imponerle la sanción por corrección, además de recalcular el anticipo para 1986.

Contra dicha liquidación de corrección, la contribuyente, recurrió en reconsideración, alegando que la Administración sin razón le modificó la renta líquida, sin haberle requerido previamente y también, sin este requisito, procedió a determinarle el impuesto complementario de remesas, sin tener en cuenta que de acuerdo con la Ley tenía derecho a diferir el impuesto sobre la base declarada, y que por consiguiente el procedimiento utilizado para rechazar tal beneficio fiscal debió ser el de liquidación de revisión, precedido de requerimiento.

Con el fín de probar el derecho a diferir el impuesto, acompañó certificación del revisor fiscal sobre el incremento neto del patrimonio poseído en el país, por las utilidades comerciales del ejercicio fiscal.

El recurso fue hallado por la Administración de Impuestos mediante la Resolución # 00096 de marzo 19 de 1986, en la que adujo haber incurrido ella misma en error aritmético al calcular la renta gravable, falta que corrigió para determinar un menor valor a pagar, pero no aceptó la prueba tendiente a demostrar el incremento de capital poseído en el país para efecto del no pago del impuesto de remesas, manifestando que admitir la prueba era desvirtuar el proceso de liquidación de corrección y permitir extemporáneamente la corrección de la declaración tributaria.

LA DEMANDA

En demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la contribuyente acusó al acto administrativo de transgredir la Constitución Nacional en sus Artículos 2 y 20, el Código Contencioso Administrativo Artículo 35, la Ley 52 de 1977 Artículos 31, 39 y 57; del Decreto Extraordinario 2503 de 1987 Artículos 1, 40, 41, 42 y 51; el Código Civil Artículo 27; la Ley 9 de 1983 Artículos 45, 46 y 49; el Decreto 3803 de 1982 Artículo 46 y el Decreto Reglamentario 2579 de 1983 Artículos 1 y 2.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda, anuló los actos acusados, liquidó por impuestos la suma de $15.870.502, y ordenó la devolución de $1.660.916, más los intereses por el valor correspondiente al saldo a favor, que resulta de aplicar al impuesto liquidado, la retención en la fuente, al considerar que el Artículo 40 del Decreto 2503 de 1987, señaló expresamente los casos en que se presenta error aritmético, y que lo acontecido en el caso sub-judice, no se ajustó a dichas previsiones. Pues el estudio del expediente demostró que existió entre el contribuyente y la Administración una divergencia de criterios en torno a la aplicabilidad del Decreto Reglamentario 2579 de 1983, pues el paso que el primero sostuvo, a la luz de esta norma, el derecho a diferir el impuesto y que por ello escribió "Cero" en el renglón 217, la Administración sostuvo que debió pagarse el mismo concepto la suma de $9.382.026.

Concluyó que no existiendo error aritmético, la Administración no podía válidamente modificar la declaración del contribuyente sin practicar previamente el requerimiento oficial, cuya omisión produjo la nulidad del acto liquidatorio, que declaró.

LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada, al apelar la sentencia de primera instancia, considera que sí se dió el error aritmético en la declaración privada del contribuyente, conforme al numeral 2 del Artículo 40 del Decreto 2503 de 1987, porque en el renglón 262: utilidad comercial del año, consignó las cantidad de $46.910.134, que es la base para la liquidación del impuesto de remesas, a la cual debió aplicar el 20% para obtener su valor, pero al consignar la cifra de "Cero" se configuró el error aritmético.

Afirma que el contribuyente admite el error al diligenciar el formulario, y si bien acreditó la documentación para demostrar el cumplimiento de los requisitos legales para definir (sic) los impuestos, desconoce que "el programa de corrección aritmética", es ejecutado por un computador que no admite estudio de fondo a los conceptos y recibos declarados porque ello desdibujaría esta clase de liquidaciones.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Tercer Delegado del Procurador General de la Nación ante la jurisdicción, solicita se confirme la sentencia apelada, porque en primer lugar el contribuyente, contrariamente a lo expuesto por la Administración, en ningún momento ha admitido que incurrió en error aritmético, y tanto en la vía gubernativa como contenciosa no ha hecho más que objetar las conclusiones que en este sentido expusieron las autoridades administrativas.

Que además, no existe error aritmético y lo que realmente plantea la Administración es la existencia de una omisión, al sostener que la sociedad se abstuvo de aplicar las tarifas pertinentes, sobre una cantidad acerca de la cual la contribuyente consideró que no se había causado el impuesto de remesas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar observa la Sala que cuando la sociedad contribuyente presentó la declaración tributaria correspondiente a la vigencia fiscal de 1985, el 22 de abril de 1986, la norma vigente que consagraba los hechos constitutivos de error aritmético, era el Artículo 24 del Decreto 3803 de 1982, que dispuso:

"Se presenta error aritmético cuando:

a) El contribuyente, a pesar de haber declarado correctamente los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, anota como valor resultante un dato equivocado.

b) Cuando al aplicar las tarifas respectivas, anota un valor diferente al que ha debido resultar.

c) Cuando no obstante haber indicado correctamente las cifras relativas a descuentos, retenciones o anticipos, anota como saldo a cargo o a favor, un valor equivocado del impuesto resultante."

De acuerdo con el contexto literal, de la norma transcrita, para que se configure el error aritmético debe partirse en primer lugar del supuesto fáctico de que los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables se hayan declarado correctamente, y en segundo lugar que establecida la base gravable, inexorablemente y sin lugar a dudas, solo permita la aplicación de una tarifa única.

Estas circunstancias no se dan en el caso que se debate, porque el análisis del formulario de la declaración tributaria presentada por la sociedad contribuyente, si bien se observa que denunció utilidades comerciales del ejercicio por el valor de $46.910.134 (renglón 262 del formulario), utilidad contable de $68.810.134, y fiscal

de $39.451.255, del hecho de la transcripción en el formulario de la utilidad comercial no puede inferirse válidamente la tarifa aplicable al impuesto de remesas, como tampoco su cuantificación, ya que la obtención de utilidades comerciales durante el ejercicio fiscal no lleva inexorablemente a la determinación del tributo de remesas, porque en primer lugar, la y Ley tributaria, en armonía con las normas que regulan la inversión extranjera y los cambios internacionales, previó que el impuesto se causa, no como lo afirma la demandada por la obtención de utilidades comerciales en el país, sino, por la transferencia de dichas utilidades al exterior. Cosa muy distinta es que para la determinación del impuesto se tome como base gravable el monto de las utilidades comerciales (Artículos 45 y 46 de la Ley 9 de 1983).

En segundo lugar el decreto 2579 de 1983, expresamente dispuso en el Artículo 2 literal a) inciso 2, que no se causa el impuesto de remesas sobre la parte de las utilidades comerciales que se capitalicen en la misma sucursal, por lo que, no puede afirmarse que el impuesto sea resultado de aplicar el 20% a las utilidades comerciales del ejercicio, a lo sumo podría aplicarse la tarifa sobre las utilidades no capitalizadas.

Así mismo, cuando las utilidades no capitalizadas se retengan en el superávit, permite el mismo ordenamiento diferir como impuesto por pagar el correspondiente gravamen. Es decir que la cuantificación del tributo de remesas no resulta de la sola declaración de la utilidad comercial, sino que es preciso analizar las circunstancias de capitalización o retención en el superávit de la utilidad, no solo del ejercicio sino también de períodos anteriores, pues solo si éstas se han transferido, el impuesto de remesas debe cuantificarse y pagarse en la liquidación privada del período gravable.

Para determina el incremento del patrimonio, con miras a precisar la exigibilidad del tributo, debió la Administración efectuar una simple comparación del patrimonio líquido poseído en el país, declarado tanto por el período fiscal como en el inmediatamente anterior para evidenciar el incremento del patrimonio líquido de la actora como consecuencia de la capitalización o retención de las utilidades.

No encuentra justificación la Sala, para que la Administración aduciendo un programa de computador no solo no realice la menor diligencia administrativa tendiente a tal fín, y menos para que rechace la prueba presentada por el contribuyente para demostrar la no obligación de determinación en la liquidación privada del gravamen, negando no solo el derecho de defensa, amparado por las normas constitucionales que invoca la sociedad, sino desconociendo el objeto para el cual fueron establecidos los recursos gubernativos, cual la correcta determinación del gravamen, permitiendo al contribuyente demostrar los hechos alegados con el fín de que cumpla el postulado legal de que "el Estado no aspira a que el contribuyente le exija más de aquello con lo que la misma Ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación." (Artículo 31 Ley 52 de 1977, última parte).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1) CONFIRMASE la sentencia del 30 de marzo de 1992 proferida en el juicio 7154 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2) RECONOCESE a la doctora María Cristina Ramírez Londoño como apoderada de la entidad demandada a términos del poder que obra a folio 195 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

IDENTIFICACION SOBRE TERCEROS -Omisión/**SANCION POR NO IDENTIFICAR**

La omisión de la identificación de las entidades o personas de que trata el Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982 genera dos consecuencias: La primera implica un incremento de los impuestos en razón del desconocimiento de los respectivos costos, deducciones, pasivos, etc. y por ende aumenta la base gravable. La segunda es la sanción pecuniaria equivalente al 1% en el caso de pasivos y créditos y el 2% en los demás casos, calculada tomando como base la suma respecto de la cual no se suministró la información exigida. Empero, mientras que la primera consecuencia desaparece cuando el contribuyente en cualquiera de las etapas procesales posteriores demuestra los costos, gastos o pasivos y subsana la omisión, la sanción administrativa se mantiene por expresa disposición del legislador.

IDENTIFICACION SOBRE TERCEROS/DECLARACION TRIBUTARIA - Adición/**SANCION POR EXTEMPORANEIDAD**

Las informaciones sobre terceros omitidas en las declaraciones tributarias oportunamente presentadas, no pueden ser subsanadas en adiciones extemporáneas sin las consecuencias sancionatorias que prevé el Artículo 59 del decreto 3803 de 1982, porque tales adiciones solo tiene efecto para corregir o modificar los datos suministrados en el formulario oficial que inciden en el tributo, no para completarlos. El sentido de la sanción prevista en el Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982 era el de constreñir a los contribuyentes a suministrar en forma oportuna los informes necesarios para ejercer la facultad de investigación mediante cruces de información y por eso se causa aún en el evento de su presentación tardía o extemporánea, independientemente de que esa información si puede tenerse en cuenta para depurar las bases gravables.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C., Octubre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Ref.: Expediente No. 4051. Actor: ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO ALMACENADORA POPULAR S.A. "ALPOPULAR". IMPUESTO DE RENTA. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO ALMACENADORA POPULAR S.A. "ALPOPULAR", contra la sentencia del 1 de noviembre de 1991 por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, formulada contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Renta por el año gravable de 1983.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

En uso de la facultad conferido por el Artículo 19 decreto 3803 de 1982 y 89 de la Ley 9 de 1983 y previo requerimiento especial, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá practicó y notificó la Liquidación de Revisión 0529 del 22 de Julio de 1986. Impuso en ésta sanción prevista por el Artículo 27 de Decreto 80 de 1984, porque la sociedad no suministró con la declaración de renta, la identificación de las personas de quienes devengó ingresos y de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos.

No tuvo en cuenta la adición presentada el 12 de julio de 1984, por cuanto el plazo concedido para el efecto vencía el 11 de julio, de donde resulta que aquélla era extemporánea.

Interpuso el recurso de reconsideración la División de Recursos Tributarios a través de la Resolución 0102 del 19 de abril de 1988 confirmó la decisión oficial, mantuvo la sanción porque la adición presentada el 12 de julio de 1984, no podría corregir los errores ni modificar los factores de la declaración tributaria, por no haber sido presentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha del vencimiento del término para declarar, como lo ordena el Artículo 71 de la Ley 9 de 1983.

Agotada la vía gubernativa, ante la jurisdicción el apoderado de la sociedad reclama la nulidad de los actos administrativos y como consecuencia el restablecimiento de sus derechos levantando la sanción impuesta.

Estima que en la actuación administrativa se violaron, entre otras, las siguientes normas:

- Artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional
- Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982
- Artículo 42 de la Ley 52 de 1977
- Artículo 31 de la Ley 52 de 1977

Argumenta en síntesis, que la sanción impuesta a su representada es ilegal porque no se encuentra tipificada. La contribuyente, dice, sí cumplió con la obligación de suministrar dentro de su declaración tributaria la información requerida por el Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982, porque si bien es cierto aquélla se entregó extemporánea, ésto no significa que no lo hubiera hecho de acuerdo con la Ley, puesto que la citada disposición en ninguna parte establece que la sanción también es procedente cuando la omisión se subsana en declaraciones o adiciones presentadas extemporáneamente.

Desde el recurso gubernativo de reconsideración afirmó que el Artículo 27 del Decreto 080 de 1984, "está reformando, adicionando y por tanto desbordando ilegalmente el Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982 que aquél reglamenta".

Hace hincapié en que esta última disposición fué declarada parcialmente inexequible por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 3 de marzo de 1983, en cuanto el Gobierno Nacional pretendió deferir "a los reglamentos la facultad de establecer términos, condiciones, plazos, etc." lo que significa que la limitación del término que hace el Artículo 27 del Decreto 80 de 1984, está viciada de ilegalidad. Alude igualmente y adjunta fotocopias, tanto del Auto de julio 3 de 1987, como la sentencia de mayo 12 de 1989 por medio de los cuales esta Corporación, primero, suspendió provisionalmente la expresión "o dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo legal para declarar" contenida en esta última norma y después declaró su nulidad.

Entiende que como esta expresión fue suspendida y confirmada esta suspensión por Auto del 26 de octubre de 1987, los efectos jurídicos han debido tenerse en cuenta por la oficina de impuestos habida consideración a que la actuación administrativa aún no estaba en firme.

Concluye que la sanción sólo se aplica cuando el contribuyente no suministra la identificación de los terceros. Vale decir, que es indiferente que ésta se informe en declaraciones de renta presentadas oportuna o extemporáneamente.

Por último, critica que en el requerimiento especial, la Administración no hubiera explicado las razones de la sanción, dejando a criterio de otro funcionario su aplicación o no.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 1 de noviembre de 1991, denegó las suplicas de la demanda.

Como con la declaración de renta no se allegó un anexo identificando las personas de quienes recibieron los ingresos, ni de los terceros beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos, dice el *a-quo*, la sanción se tipificó de acuerdo con el Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982.

De otro lado, estima que la Administración cumplió con los postulados del Artículo 42 de la Ley 52 de 1977, al anunciar a la sociedad su propósito de imponer la sanción, por la omisión en que incurrió al presentar su declaración de renta.

DE LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad apela de la sentencia. Pide se revoque y se declare nula la actuación administrativa impugnada.

Con ampliación de los argumentos expuestos en la demanda insiste en las pretensiones.

Recalca que como la Resolución 102 que confirmó la liquidación de revisión se expidió el 19 de abril de 1988, cuatro meses después de quedar en firme el auto del Consejo de Estado que decretó la suspensión provisional, de la expresión "o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo legal para declarar", la actuación administrativa carece de validez y por lo tanto debe ser anulada.

Reitera que "el requerimiento especial está viciado de nulidad, por no contener ni explicar todos los puntos que pretendía imponer con ocasión de la liquidación de revisión, en este caso específico, la imposición de una sanción".

PARTE OPOSITORA

La apoderada judicial de la parte demandada se opone a las pretensiones del actor y solicita se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

SANCION POR NO IDENTIFICAR

De conformidad con lo previsto por el Artículo 2 del Decreto 3410 de 1983, repetido en el Artículo 4 del Decreto Reglamentario 80 de 1984, los contribuyentes

obligados a llevar libros de contabilidad por el año gravable de 1983, debían discriminar en los anexos de su declaración de renta, los apellidos y nombres o razón social y NIT de cada una de las personas o entidades con quienes efectuaron transacciones por los siguientes conceptos:

Ingresos recibidos de una mis persona en exceso de	$300.00
Pagos por concepto de costos, deducciones, etc., incluida la compra de activos fijos o movibles cuya cuantía individual sea superior a	73.000
Créditos activos superiores a	400.000
Pasivos superiores a	50.000

La omisión de la identificación de las entidades o personas en cuestión, según el Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982, complementado por el Artículo 16 de Decreto 398 de 1983, genera dos consecuencias:

La primera implica un incremento de los impuestos en razón del desconocimiento de los respectivos costos, deducciones, pasivos, etc., y por ende aumenta la base gravable. La segunda es la sanción pecuniaria, equivalente al 1% en el caso de los pasivos y créditos y del 2% en los demás casos, calculada, tomando como base la suma respecto de la cual no se suministró la información exigida.

Empero, mientras que la primera consecuencia desaparece cuando el contribuyente en cualquiera de las etapas procesales posteriores demuestra los costos, gastos o pasivos y subsana la omisión, la sanción administrativa se mantiene por expresa disposición del legislador.

En el caso de que se cuestiona está demostrado dentro del expediente, que la sociedad en la declaración de renta año gravable 1983, radica el 11 de mayo de 1984, no cumplió con el requisito de la identificación de las personas con quienes efectuó las transacciones a que alude el Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982 ni tampoco se puede aceptar como válida para tales efectos la que presentó el 12 de julio del mismo año, como adición, porque ésta resultó ser extemporánea.

Los argumentos en que se fundamenta el apelante y que hace referencia a la inexequibilidad parcial del Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982 y a la suspensión provisional de la expresión "o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo legal para declarar" del Artículo 27 del Decreto 80 de 1984, confirmada antes de proferirse la Resolución 102 del 19 de abril de 1988, así como sobre su anulación posterior, (fallo de mayo 12 de 1989, Exp: 1720), son válidos para sostener la improcedencia de esta sanción cuando la declaración de renta se presenta por fuera de los términos que consagra la Ley, porque en tal caso la que opera es la sanción por extemporaneidad, sin que pueda agregarse a ésta la de falta de relaciones. Pero en

casos como el que se resuelve, en que la sociedad cumplió oportunamente con el deber de declarar, pero la adición para subsanar los requisitos omitidos los presentó en forma extemporánea aunque ciertamente en un día, no podía tenerse en cuenta esta última para liberar a la sociedad de la sanción por la omisión. Por esa razón no se impuso "sanción por extemporaneidad en la declaración, pero sí por extemporaneidad en las relaciones".

Las informaciones sobre terceros omitidas en las declaraciones tributarias oportunamente presentadas, no pueden ser subsanadas en acciones extemporáneas sin las consecuencias sancionatorias que prevé el Artículo 59 del decreto 3803 de 1982, porque tales adiciones sólo tienen efectos para corregir o modificar los datos suministrados en el formulario oficial que inciden en el tributo no para complementarios (Artículo 4 Decreto 398 de 1983 armónico en el Artículo 71 de la Ley 9 de 1983).

El sentido de la sanción prevista en el Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982 era el de constreñir a los contribuyentes a suministrar en forma oportuna los informes necesarios para ejercer la facultad de investigación mediante cruces de información y por eso se causa aún en el evento de su presentación tardía o extemporánea, independientemente de que sea esa misma información sí pueda tenerse en cuenta para depurar las bases gravables cuando se trata de requisitos informativos cuyo cumplimiento puede hacerse inclusive con la respuesta al requerimiento especial.

No considera la Sala procedentes los vicios que el actor imputa al requerimiento especial, para con base en ellos solicitar la nulidad de la operación administrativa, pues si bien es cierto que en aquél se anotó "SE DEJA A CRITERIO DE LA DIVISION DE LIQUIDACION LA SANCION...." ésto no significa como pretende aquél, que hubiera dudas en su aplicación, como quiera que era aquella oficina la competente para calificar la respuesta y practicar la liquidación oficial (Artículo 89 Ley 8 de 1983).

El requerimiento especial, por otra parte cumplió su cometido. Enteró a la contribuyente de los propósitos que tenía la Administración de aplicar la sanción, las bases sobre las cuales se determinaría y las razones de orden legal, citó las normas sobre las cuales aquella se sustentaba a más de que, anexó fotocopia del "Acta de visita contable". La sociedad contestó y esgrimió en su defensa los hechos que consideró pertinentes para no estar sometida a la sanción.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

ACTOR: ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO ALMACENADORA POPULAR S.A. "ALPOPULAR"

Se deja constancia que la anterior sentencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate. Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

RECURSO DE SUPLICA -Improcedencia/**AUTO DE SUSTANCIACION/PRUEBAS**

Los autos que decretan prueban han sido definidos como de sustanciación o trámite. Al respecto el Artículo 180 del C.C.A. determinó que los autos de trámite son objeto del recurso de reposición y en concordancia con éste precepto el Artículo 18 *ibídem* expresamente prevé la súplica para autos interlocutorios. Por último se ha enfatizado, que la finalidad de las pruebas es la de llevar certeza al juzgador sobre la existencia o no de los hechos relativos a la litis y en relación con los mismos habrá de pronunciarse en la decisión que ponga fin al proceso. Por lo tanto es improcedente el recurso de súplica contra el auto que decretó unas pruebas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Ref.: Expediente No. 4207. Actor: Caja Social de Ahorros S.A. C/Distrito Especial de Bogotá. Recurso de súplica contra el auto de septiembre 21 de 1992. AUTO.

Viene a la Sala al expediente de la referencia, para decidir el recurso se súplica interpuesto por la demanda en contra de la providencia de septiembre 21 del año en curso y que decretó unas pruebas documentales para ser valoradas en la oportunidad procesal pertinente.

EL RECURSO

Solicita la demanda, revocar el auto recurrido y rechazar in limine las pruebas decretadas por ineficaces, con fundamento en lo siguiente:

-En este litigio, se discute el año gravable de 1985 y las relaciones allegadas corresponden a años posteriores.

-La escritura de transformación de la demandante, es posterior al año discutido, razón por la cual se puede afectar en cada discusión.

-Las pruebas allegadas por la actora, se tiene relación con la materia del proceso.

PRONUNCIAMIENTO DE LA DEMANDANTE

Solicita se rechace por improcedente el recurso de súplica y en su lugar, confirmación del auto impugnado, con fundamento en las razones siguientes:

-Los autos que abren el juicio a pruebas u ordenan la práctica de alguna, con considerandos de sustanciación y por lo mismo, sólo son susceptibles de recurso de reposición. Apoya su argumento en pronunciamientos del Consejo de Estado del 13 de julio de 1968, 31 de octubre de 1985, 12 de noviembre de 1982 (ver folios 366 y 367 cuaderno principal).

-De otra parte el valor de las pruebas en relación con la materia sublitis, sólo será objeto de pronunciamiento de fondo en la providencia que defina el conflicto.

CONSIDERACIONES

Para la Sala es acertado el criterio de la demandante en relación con la naturaleza de los autos que decretan pruebas, los cuales han sido reiteradamente definidos por esta Corporación como de sustanciación o trámite.

Al respecto el Artículo 180 del Código Contencioso Administrativo, determinó que los autos de trámite son objeto del recurso de reposición y en concordancia con éste precepto el Artículo 183 *ibídem* expresamente prevé la súplica para autos interlocutorios.

Por último, enfatizó la Sala, que la finalidad de las pruebas es la de llevar certeza al juzgador sobre la existencia o no de los hechos relativos a la litis y en relación con los mismos habrá de pronunciarse en la decisión que ponga fin al proceso.

Con fundamento en lo brevemente expuesto, la Sala concluye que debe rechazarse el recurso de súplica por improcedente y en consecuencia,

RESUELVE

1. Se rechaza por improcedente el recurso de súplica interpuesto contra la providencia de septiembre 21 de 1992.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Magistrado Sustanciador.

Se deja constancia que el presente auto se discutió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zarate*. Los Consejeros: *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn*.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

AUTO INTERLOCUTORIO/PRUEBAS/(Aclaración de Voto).

Sobre que los autos decretan pruebas son de simple sustanciación, y por lo tanto, no admiten ningún recurso, siempre ha sido criterio del suscrito para distinguir el auto interlocutorio del de simple sustanciación, que éste solo se limita disponer un trámite para que el proceso avance; en cambio el auto interlocutorio de los autos que decretan pruebas, aunque no se diga expresamente implícitamente se está aceptando entre otras cosas, que la prueba fue pedida oportunamente por persona con derecho de postulación, como son los apoderados de las partes y que la prueba es conducente y eficaz para probar el hecho que se pretende. Siendo esto así, para el suscrito tanto el auto que decreta la prueba como el que la niega son interlocutorios.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. -Santafé de Bogotá D.C., veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y dos .

Ref.: Expediente No. 4207. Actor: Caja Social de Ahorros S.A. C/Distrito Especial de Bogotá.

Mi disentimiento de la providencia anterior, no es con la parte resolutiva de la misma a la cual di mi voto favorable, sino en cuento a la parte motiva, conforme a la cual los autos que decretan pruebas son de simple sustanciación, y por lo tanto, no admiten ningún recurso. Sobre ese particular siempre ha sido criterio del suscrito para distinguir el auto interlocutorio del de simple sustanciación, que éste sólo se limita a disponer un trámite para que el proceso avance; en cambio, el auto interlocutorio, contiene implícita o explícitamente, una calificación, que en el caso de os autos que decretan pruebas, aunque no se diga expresamente, implícitamente se

está aceptando, entre otras cosas, que la prueba fué pedida oportunamente, por persona con derecho de postulación, como son los apoderados de las partes y que la prueba es conducente y eficaz para probar el hecho que se pretende mediante su asunción al proceso. Siendo esto así, para el suscrito, tanto para el auto que decreta la prueba, como para el que la niega, son interlocutorios, porque no cabe, ni es lógico en mi sentir, decir, que el auto que niega la prueba es interlocutorio, pero el que la decreta, es de mero trámite o de sustanciación, por cuanto en ambos casos, existe de parte del juez, una calificación sobre la conducencia de la prueba para probar los hechos del proceso.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

DEDUCCION DE INTERESES -Restricción/**CAUSACION/COSTOS/DEDUCCIONES**

Si bien por regla general los contribuyentes que llevan libros de contabilidad por el sistema de causación, tienen derecho a deducir los costos y deducciones, en el año gravable en que se causen, es decir, cuando nace la obligación de pagarlos, aunque no se haya hecho efectivo el pago, existen algunos casos o excepciones como el atinente a la deducción por intereses, en donde el legislador en forma clara y expresa autoriza solamente la deducción de los intereses pagados; si hubiera requerido aceptar los causados se habría referido a ellos como lo hace con respecto a otras deducciones consagradas en el mismo Decreto 2053 de 1974 (cesantías, pensiones de jubilación o invalidez, etc.). Al establecer condiciones y requisitos igualmente hace referencia a los pagados, de suerte que debe entenderse que tal deducción tiene esa restricción.

DEDUCCION POR DEPRECIACION-Requisitos/**CERTIFICACION CONTABLE** -Ineficacia

Vista la certificación contable se observa que ésta ciertamente no contiene todas las informaciones exigidas en las normas respectivas (Decreto 3810 de 1984 Artículo 3 literal e) y Artículo 16 numeral 12 *ibídem*) ya que en ella no se informa el costo y fecha de adquisición de los bienes depreciables, tampoco se hace constar que los bienes ingresaron al patrimonio del contribuyente con posterioridad al 31 de diciembre de 1975 y que habían sido adquiridos sin uso en el país. En estas condiciones es evidente que la certificación contable carece de valor probatorio, pues como se vió no contiene todas las informaciones que para efectos del reconocimiento fiscal de la deducción por depreciación debía contener.

DEDUCCION POR PERDIDA DE BIENES -Improcedencia/**LEASING/DECLARACIÓN TRIBUTARIA** -Corrección/**RECUPERACION DE DEDUCCIONES**

La deducción por la pérdida en cuanto al costo no amortizado por depreciación es realmente improcedente ya que la sociedad al argumentar que en realidad no se trata de pérdida de bienes por fuerza mayor sino de pérdidas ocasionadas por el costo no amortizado de los bienes dados en leasing, está cambiando el concepto de la pérdida declarara al renglón 230 de la declaración, hecho que implica modificación a la declaración tributaria presentada por la sociedad, lo cual no es procedente efectuar dentro de la época de discusión del impuesto, para el efecto debió utilizar el procedimiento de corrección previsto en las normas vigentes para la época. La deducción por la supuesta no amortización del costo de adquisición de los activos dados en leasing, no es procedente porque el costo es amortizado con las cuotas o canones respectivos, dándose así la recuperación progresiva de la intervención; y de otra parte por el contrario al verificarse la venta, lo que se configura es precisamente con respecto a las depreciaciones solicitadas una recuperación de deducciones, que son renta líquida gravable.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo.Sección Cuarta
Santafé de Bogotá D.C., Treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Ref.: Expediente No. 3644. Actor: INVERSIONES LEASING S.A. "INVERLEASING S.A." NIT. 60.017.384. IMPUESTOS (RENTA).FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad INVERSIONES LEASING S.A. "INVERLEASING S.A." NIT. 60.078.384, contra la sentencia de 19 de abril de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho a través del cual la mencionada sociedad acusó la operación administrativa que le determinó el impuesto de renta correspondiente a la anualidad tributaria de 1985.

ANTECEDENTES

La sociedad "Invercrédito Leasing S.A.", presentó declaración del impuesto de renta por el período gravable de 1985, el día 21 de mayo de 1986, radicada con el Nro. 00315-DIN-3008 en la Administración de Impuestos de Bogotá, en cuya liquidación privada fijó los impuestos a su cargo en la suma de $42.602.

Previo requerimiento ordinario Nro. 041 de 12 de junio de 1987 y su respuesta, la Administración libró el requerimiento especial Nro. 0104 del 7 de diciembre de

1987, para informarle a la sociedad acerca de la modificación a su liquidación privada, de acuerdo con las siguientes glosas: 1) deducción por concepto de intereses pagados en la suma de $1.581.750; 2) deducción por depreciación en cuantía de $476.019; 3) deducción por pérdida de bienes en la suma de $5.209.446; 4) pasivos en la suma de $7.906.887, y 5) sanción por no identificar a los beneficiarios de los créditos pago.

Con fecha 8 de marzo de 1988, la sociedad dió respuesta a éste requerimiento remitiéndose a la contestación que del requerimiento ordinario había efectuado, al considerar que en esa oportunidad explicó suficientemente los puntos propuestos.

Con base en lo anterior, la Administración procedió a practicar la liquidación de revisión Nro. 00069 del 18 de marzo de 1988 determinando un mayor valor por concepto de impuestos en la suma de $2.135.737 y sanción (ajuste) por extemporaneidad en la suma de $109.217; en razón a la concreción de las glosas planteadas.

Contra el acto administrativo anterior la sociedad interpuso recurso de reconocimiento en memorial de fecha 18 de mayo de 1988, reiterando las explicaciones dadas al inicio de la investigación y aportando algunos elementos probatorios tendientes a desvirtuar el proceder administrativo (fotocopias autenticadas de contratos leasing, certificados sobre intereses pagados y causados, certificado de Revisor Fiscal y cuadro de depreciaciones).

Mediante la resolución Nro. 00075 del 6 de marzo de 1989, la Administración resolvió el recurso aceptando parte de la deducción por intereses pagados a entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria de acuerdo con lo certificado y confirmó la cantidad por tal concepto no certificada, al igual que los demás rechazos.

Inconforme con el proceder anterior, la sociedad acudió a la jurisdicción contenciosa administrativa, y en demanda que presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acusa los actos administrativos por violación de los Artículos 16, 47, 50, 55, 58 del Decreto 2053 de 1974, 3 16 del Decreto 3410 de 1983 y 98 de la Ley 9 de 1983, al descontarse los intereses causados, la deducción por depreciación y la pérdida por concepto de costo no amortizado al momento de la venta de bienes dados en arrendamiento financiero (leasing).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda, al encontrar que era legal la actuación de la Administración de Impuestos respecto a cada una de las deducciones rechazadas.

Expresó que en materia de intereses, existe norma clara y expresa que limita la deducción a los intereses pagados en le respectivo período fiscal, como es el artículo 47 del Decreto 2053 de 1974, que unido al artículo 16, numeral 32 del Decreto 080 de 1984, determina la deducibilidad por éste concepto a los efectivamente pagados, y que aún por vía de interpretación debe primar el artículo 47 del Decreto 2053 de 1974 sobre el artículo 16 numeral 2, inciso 3 de éste mismo Decreto.

En la misma forma encontró improspero el cargo contra la deducción por depreciación, por cuanto fué correcta la objeción de la Administración con relación al certificado del Revisor Fiscal, en el sentido de que no cumplía con los requisitos del Artículo 3 numeral 1 literal c) del Decreto 3410 de 1983, siendo insuficiente para el efecto.

Y con relación a la deducción por pérdida de bienes, (costo no amortizado de los bienes en leasing) acogió lo dicho por la Administración de Impuestos, de que no demostró lo exigido por el Artículo 16 del Decreto 3410 de 1983, y que no era aplicable el Artículo 58 del Decreto 2053 de 1974. Además, estimó que la deducción reclamada por concepto de costo no amortizado por depreciación, como consecuencia de la adquisición del bien por parte del arrendatario, antes del vencimiento del término legal para reclamar la deducción total por depreciación, afectaría al adquiriente del bien de reclamar la deducción que a él le corresponde por dicho concepto por el resto del término legal, y que de acuerdo con su colaborador fiscal no existe disposición tributaria concreta que permita deducir el beneficio reclamado, es decir, la deducción por ajuste a fín de amortizar la totalidad de la inversión en los contratos de leasing.

LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad actora al sustentar el recurso en referencia manifiesta su discrepancia con la decisión del Tribunal; argumenta que es injusta y absurda la decisión relativa a los intereses, porque el artículo 47 del Decreto 2053 de 1974, no limita la deducción de los intereses que tienen relación de causalidad con el negocio, sino únicamente a los pagados en el ejercicio gravable, por cuanto no puede entenderse que se estableció una excepción a la regla general consagrada en el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 para la causación de las rentas y las expensas necesarias del negocio, en el sentido de limitar la deducción de los intereses a los pagados, mientras que si se obliga a contabilizar y declarar los causados y no recibidos.

Igualmente, critica la decisión del Tribunal respecto a la deducción por depreciación, porque se limitó a prohijar la anotación sobre la deficiencia de la certificación del Revisor Fiscal hecha por la Administración de Impuestos, sin precisar ni aclarar cuales eran esas supuestas deficiencias, y aclara, que en este caso no era necesario la prueba de las depreciaciones, sino la de presentar informaciones exigidas por la Ley, que la sociedad podía cumplir con ocasión de la respuesta al requerimiento o con ocasión del recurso tal como lo hizo con la certificación del Revisor Fiscal en

donde se informan todas las exigencias legales y que reitera en otra certificación presentada a la Jurisdicción que ni siquiera tubo en cuenta el Tribunal.

Finalmente y con relación a la pérdida de bienes manifiesta que la sociedad aclaró oportunamente a la Administración de Impuestos que la deducción llevada al renglón 230 no correspondía a pérdida de bienes por fuerza mayor, sino a las pérdidas ocasionadas por la diferencia entre el costo no amortizado por depreciación de los bienes dados en leasing y el valor de la venta, que en su concepto corresponde a amortización de inversiones, y que por ello no se le puede exigir como lo hizo la Administración y también el Tribunal, la comprobación de los hechos de que trata el Artículo 16 del Decreto 3410 de 1983, porque no es aplicable al caso, sino el Artículo 58 del Decreto 2053 de 1974, que permite deducir las inversiones necesarias para los fines del negocio, ya que Inverleasing hizo inversiones en la adquisición de los bienes dados en arrendamiento financiero y por ello tiene derecho a amortizar la inversión del término de los respectivos contratos, sobre el valor o saldo que no pudo amortizar por depreciación por haberse efectuado la venta.

En consecuencia, pide a la Corporación revocar la sentencia apelada y en su lugar aceptar las súplicas de la demanda.

LA PARTE OPOSITORA

La Dirección de Impuestos Nacionales, mediante apoderado judicial se opone a las pretensiones del apelante por cuanto su concepto la decisión del Tribunal es acertada, retomando los argumentos expuestos en la sentencia apelada en lo esencial, para fundamentar su oposición a la apelación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala que los puntos objeto de controversia en éste proceso son tres, a saber: 1) Deducción por intereses causados con entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, en cuantía de $1.283.212; 2) Deducción por depreciación en la suma de $476.019; y 3) Deducción por pérdida de bienes en la suma de $5.209.446.

1. DEDUCCION POR INTERESES CAUSADOS, POR VALOR DE$1.283.212.

La sociedad actora solicitó como deducción por concepto de intereses la suma de $1.581.750, renglón 217 del formulario oficial de la declaración de renta, concepto objetado inicialmente por la Administración de Impuestos por cuanto de conformidad con el artículo 47 del Decreto 2053 de 1974 y 16 numeral 32 del Decreto 80 de 1984, debió presentar los correspondientes certificados de las entidades beneficiarias de los pagos o de causación de intereses. Posteriormente, con ocasión del recurso

gubernativo, la Administración aceptó de acuerdo con la certificación presentada expedida por la sociedad Colfiducia S.A. los intereses pagados, confirmando el rechazo sobre la suma de $1.296.212 correspondiente a los intereses causados según la certificación, porque el artículo 47 del Decreto 2053 de 1974, solamente permitía la deducción sobre los intereses pagados.

El anterior rechazo, en concepto del accionante es violatorio del inciso 3 numeral 2 del Artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, según el cual "los costos y deducciones incurridos por contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación los cuales se entienden realizados en el año o período gravable en que se observa la Sala, que si bien por regla general los contribuyentes que llevan libros de contabilidad por el sistema de causación, tienen derecho a deducir los costos y deducciones, en el año gravable en que se causen, es decir, cuando nace la obligación de pagarlos, aunque no se haya hecho efectivo el pago, (último inciso del artículo 16 del Decreto 2053 de 1974), existen algunos casos o excepciones como el atinente a la deducción por intereses, en donde el legislador en forma clara y expresa autoriza solamente la deducción de los intereses pagados; si hubiera querido aceptar los causados se habría referido a ellos como lo hace con respecto a otras deducciones consagradas en el mismo Decreto (cesantías, pensiones de jubilación o invalidez, etc.) Al establecer condiciones y requisitos igualmente hace referencia a los pagados (artículo 47 del Decreto 2053 de 1974 y 187 de 1985) de suerte que debe entenderse que tal deducción tiene esa restricción tal como lo consideró el Tribunal.

En consecuencia, para la Sala el proceder de la Administración al respecto no es violatorio de la norma citada, y tampoco se opone a lo expuesto en concepto de la Dirección de Impuestos citado, ya que el mismo hace referencia al principio de causalidad que de conformidad con el Artículo 45 del Decreto 2053 de 1974, debe observar las expensas necesarias como los intereses, sobre el cual también existe excepción respecto a dicho concepto (intereses sobre préstamos para vivienda).

2. DEDUCCION POR DEPRECIACION POR VALOR DE $476.019.

La Administración fundamentó el rechazo de ésta deducción, en el hecho de que el certificado del Revisor Fiscal no cumplía con los requisitos legales para su aceptación, teniendo en cuenta las exigencias de los Artículos 3 numeral 1 literal e) del Decreto 3410 de 1983 y 16 numeral 3 del Decreto 80 de 1984.

El Artículo 3 literal e) del Decreto 3810 de 1984, consagra la obligación de suministrar en los anexos de la declaración de renta la información correspondiente a "identificación de los bienes depreciables cuyo valor en libros sea superior a cien mil pesos ($100.000.00) con indicación del costo y fecha de adquisición, valor de la depreciación solicitada en el ejercicio y valor de la depreciación acumulada".

Por su parte, el artículo 16 numeral 12 del mismo Decreto, establece que: "Para efectos de la aceptación del sistema de depreciación a que se refiere el artículo primero del Decreto 1649 de 1976, la certificación del contador público o revisor fiscal en

la cual conste que los bienes depreciables ingresaron al activo del contribuyente con posterioridad al 31 de diciembre de 1975, y que al momento de ser adquiridos no habían tenido uso en el país."

Pues bien, vista la certificación contable que obra al folio 000078 (tintilla verde del cuaderno de antecedentes administrativos), observa la Sala, que ésta ciertamente como lo advirtió la Administración de Impuestos, y en la misma forma el Tribunal, no contiene todas la informaciones exigidas en las normas antes mencionadas, ya que en ella no se informa el costo y fecha de adquisición de los bienes depreciables, tampoco se hace constar que los bienes ingresaron al patrimonio del contribuyente con posterioridad al 31 de diciembre de 1975 y que habían sido adquiridos sin uso en el país.

En estas condiciones es evidente que la certificación contable carece de valor probatorio, pues como se vió no contiene todas la informaciones que para efectos del reconocimiento fiscal de la deducción por depreciación debía contener.

Ahora bien, aduce el apelante que a la jurisdicción acompañó nueva certificación contable, que no fue tenido en cuenta por el Tribunal.

Aparece a folio 37 del cuaderno principal, una certificación contable que aunque no hace referencia a las depreciaciones, observa la Sala que al dar cuenta de la compra de los bienes y fecha de adquisición a que hace referencia la certificación existente en los antecedentes administrativos, a ella es a la que alude el apelante. Sin embargo de un análisis conjunto de las dos y de acuerdo con las normas antes referidas, las dos no subsanan en su totalidad las deficiencias encontradas por las autoridades de impuestos. Además, se observa, que uno de los bienes objeto de la depreciación discutida (chasis Dodge F-600-197) adquirido el día 15 de octubre de 1981, según fotocopia del contrato leasing que obra al folio 00084 (tintilla verde cuaderno de antecedentes administrativos) fué vendido en el año de 1984, siendo así improcedente la depreciación solicitada por tal activo en el año gravable de 1985.

3. DEDUCCION POR PERDIDA DE BIENES RAICES, EN LA SUMA DE $5.209.446.

La sociedad solicitó como deducción la suma de $5.209.446 por concepto de pérdida de bienes (renglón 230) de la declaración, deducción que rechazó la Administración inicialmente por no haber dado cumplimiento a los requisitos exigidos por el Artículo 16 numeral 6 del Decreto 3410 de 1983, por cuanto los contratos de leasing aportados y las notas de contabilidad, no eran los documentos conducentes para acreditar la pérdida de bienes deducida.

Durante el proceso gubernativo y también ante la jurisdicción, la sociedad ha explicado que en realidad no se trata de pérdida de bienes por fuerza mayor de que trata la norma invocada por la Administración de Impuestos, sino de pérdida ocasionada por el costo no amortizado de los bienes dados en arrendamiento financiero,

pues Inverleasing es una sociedad dedicada al arrendamiento financiero más conocido como "leasing" y agrega: "que la parte del costo no amortizado por depreciación es pérdida del ejercicio en el cual se realiza la venta, a la que se le debe aplicar el Artículo 58 del Decreto 2053 de 1974" para amortizar la inversión no amortizada por depreciación, y para respaldar sus argumentos sobre la depreciación en los activos objeto de leasing trae a la consideración sentencia de esta Corporación de fecha 14 de diciembre de 1988, en donde se observa que en los bienes dados en leasing el propietario de los mismo tiene derecho a la depreciación.

Observa la Sala, que la deducción por la pérdida en cuestión, (costo no amortizado por depreciación) es realmente improcedente tal como lo determinó la Administración y en el mismo sentido el Tribunal, aunque por razones diferentes.

En efecto, advierte la Sala que la sociedad al argumentar que en realidad no se trata de pérdida de bienes por fuerza mayor sino de pérdida ocasionadas por el costo no amortizado de los bienes dados en leasing, está cambiando el concepto de la pérdida declarada al renglón 230 de la declaración, hecho que implica modificación a la declaración tributaria presentada por la sociedad, lo cual no es procedente efectuar dentro de la etapa de discusión del impuesto; para el efecto debió utilizar el procedimiento de corrección previsto en las normas vigentes para la época, el Decreto 3803 de 1982 y la Ley 9 de 1983. Como no ocurrió así, la Administración actuó correctamente al exigirle el cumplimiento de los requisitos establecidos por el Artículo 16, para la procedencia de la deducción por pérdidas de bienes por fuerza mayor, que corresponden al concepto declarado al renglón 230, en donde registró la pérdida la actora y al no haberse demostrado los mismos es totalmente procedente el desconocimiento de la deducción por dicha pérdida.

Además conforme lo expresa la sentencia traída a colación por el apelante, el arrendamiento financiero o "leasing" constituyen una forma de financiamiento comercial a través de la cual la compañía dedicada al leasing adquiere de un proveedor el equipo, la maquinaria o el vehículo industrial para arrendarlo por un canon que permite a aquella percibir o recobrar la totalidad o la mayor parte del costo de adquisición (subraya la Sala), los gastos directos e indirectos y un margen de utilidad. Es decir, que através de dicha técnica de financiación la compañía de leasing hace una inversión que se amortiza con la rentabilidad producida por la explotación del bien.

Surge de lo anterior, que en las cuotas o canones de arrendamientos, está comprendida la inversión (costo) que realiza el propietario del bien (arrendador) quien tiene derecho a las deducciones correspondientes por depreciación (año por año), aspecto que en ningún momento se discutió en el proceso, de suerte que cuando termina el contrato y el arrendatario ha optado por la compraventa, que es por el valor residual, el costo del activo ha sido practicamente amortizado en su totalidad, salvo el costo del valor residual, sobre el cual el comprador adquiere el derecho a continuar depreciando sobre el resto de vida útil probable hasta amortizar en su totalidad el costo de adquisición.

Es para la Sala inaceptable la preteción de la actora, respecto a la deducción solicitada por la supuesta no amortización del costo de adquisición de los activos dados en leasing a las sociedades Cooperativa de Impresores del Oriente Ltda. y e Inversiones Irotama Díaz Herrera y Cía. S. en C. S., porque como se observó el costo es amortizado con las cuotas o canones respectivos, dándose así la recuperación progresiva de la inversión; y de otra parte, por el contrario al verificarse la venta como ocurrió en el caso en litis en el año en cuestión, lo que se configura es precisamente con respecto a las depreciaciones solicitadas, una recuperación de deducciones que son renta líquida gravable del conformidad con el Artículo 67 del Decreto 2053 de 1974.

Si se examinan las pruebas existentes en el expediente, como el contrato leasing celebrado con la sociedad Cooperativa de Impresores del Oriente Ltda., a quien se arrendó una maquina cortadora de Bobinas a hojas, Marca "Manco" modelo Mss-43-5 equipada completa, serie 250, medidor electrónico de largo con su compresora e insertador de tiras de conteo, eliminado de estática y motores trifásicos para 220 v. 60 ciclos" a un canon mensual de $405.130, plazo 36 meses contados a partir del 2 de junio de 1982, cuota residual (valor de venta) $790.000 y precio de adquisición según la certificación contable (folio 37 del cuaderno principal) de $7.900.000, se observa lo siguiente:

Por el contrario al verificarse la venta como ocurrió en el caso en litis en el año en cuestión, lo que se configura es precisamente con respecto a las depreciaciones solicitadas, una recuperación de deducciones que son renta líquida gravable del conformidad con el Artículo 67 del Decreto 2053 de 1974.

Si se examinan las pruebas existentes en el expediente, como el contrato leasing celebrado con la sociedad Cooperativa de Impresores del Oriente Ltda., a quien se arrendó una maquina cortadora de Bobinas a hojas, Marca "Manco" modelo Mss-43-5 equipada completa, serie 250, medidor electrónico de largo con su compresora e insertador de tiras de conteo, eliminado de estática y motores trifásicos para 220 v. 60 ciclos" a un canon mensual de $405.130, plazo 36 meses contados a partir del 2 de junio de 1982, cuota residual (valor de venta) $790.000 y precio de adquisición según la certificación contable (folio 37 del cuaderno principal) de $7.900.000, se observa lo siguiente:

Costo del bien (precio de adquisición)	$7.900.000
Menos: Valor residual (precio de venta)	$790.000
Costo neto	$7.110.000
Dividido en meses del contrato	36
Costo mensual del bien	$197.500
Canon mensual	$405.130
Menos: Costo mensual	$197.500
Utilidad, gastos directos e indirectos	$207.630

Para la Sala, no cabe duda que la sociedad amortizó o recuperó la inversión dentro del término de duración del contrato siendo improcedente la pretensión de la actora sobre la aplicación del Artículo 58 del Decreto 2053 de 1974, para amortizar la supuesta pérdida que en concepto de la Sala no existe.

Así las cosas, se procede a confirmar la decisión del *A-quo* la que como ha quedado establecido se ajusta a derecho.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de fecha 19 de abril de 1991, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zarate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

MEDIOS PROBATORIOS -Valoración/**REGISTRO AUXILIAR/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

De conformidad con el Artículo 187 del C. de P.C., aplicable al procedimiento administrativo por disposición del Artículo 168 del C.C.A, el juez debe apreciar las pruebas libremente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, a no ser que para el caso específico se requiera prueba solemne; que en el *sub-lite* el *a-quo* hubiera preferido una prueba a la otra, no es sino el resultado del análisis que tiene que hacer en desarrollo de su función. Además de la lectura del acta en que quedó registrada la visita contable, se establece que la actora sí llevaba separadamente la cuenta de las ventas excluidas. Lo que sucedió fué que las rotuló con un nombre distinto al que debía ser, trató pues, de una simple diferencia en cuanto al nombre utilizado para identificar las ventas, que en nada altera el contenido de la cuenta. (II Semestre de 1980).

LIBROS DE CONTABILIDAD -Importancia/**IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/RESPONSABILIDAD DEL IVA** -Obligaciones

El contenido de los Libros Auxiliares tiene un valor precario como elemento probatorio; la información debe surgir claramente de lo contenido en el libro mayor. En materia contable relacionada con el Impuesto a las Ventas, el legislador se ha preocupado por establecer algunas reglas, tal como la del Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, que señala como una obligación para los responsables del impuesto a las Ventas, el llevar un registro auxiliar de venta y compras ceñido a ciertas formalidades. No se trata por lo tanto, de un libro auxiliar cualquiera, de forma que el contribuyente pueda decidir libremente llevarlo o no, sino de un registro que obligatoriamente debe llevar en la forma que lo determina la citada disposición y que debe ser tenido en cuenta como elemento probatorio.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C., Treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zarate.*

Ref.: Expediente No. 3931. Actor: ALBAQUIMICA DE COLOMBIA LTDA. IMPUESTO VENTAS.- FALLO-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada contra sentencia de fecha 14 de agosto de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a modificar los actos administrativos por los cuales se tasó el Impuesto a las Ventas a cargo de la sociedad ALBAQUIMICA DE COLOMBIA LTDA. para el segundo semestre de 1980, fijó en $914.322 la suma a pagar por la citada sociedad en razón de dicho impuesto y ordenó además a la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá reintegrarle a la contribuyente la suma de dos pesos que había pagado de más.

ANTECEDENTES

La contribuyente presentó su declaración del Impuesto de Ventas correspondiente al segundo semestre de 1980, el día 30 de enero de 1980. En dicha declaración se incluyó, por concepto de ventas excluidas de gravamen, la suma de $150'80.857.

Mediante el Requerimiento 0746 del 9 de octubre de 1982, la Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, propuso a la sociedad contribuyente la modificación de su liquidación privada, en el sentido de incluir como gravable la suma arriba anotada. Esta decisión se base en que, a juicio de la citada Sección, las ventas excluidas de gravamen no se registraban en "cuentas separadas".

Por medio de la liquidación de Revisión 00328 del 14 de marzo de 1983, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá incluyó como gravable la suma que la sociedad ALBAQUIMICA LTDA. había tratado como exenta, y le impuso una sanción por inexactitud equivalente a $45'054.258.

La contribuyente interpuso recurso de reconsideración contra la liquidación de Revisión 00328, y éste le fue resuelto favorablemente a través de la Resolución A-000177-P del 10 de abril de 1986, expedida por la División de Recursos Tributarios de la Administración Nacional de Impuestos de Bogotá.

La Dirección General de Impuestos Nacionales resolvió el grado de consulta mediante acto administrativo identificado con el No. R-00032-V, improbando la Re-

solución A-000177-p y confirmando la Liquidación de Revisión 00328 del 4 de marzo de 1983 en todo, excepto en lo relacionado con la sanción por inexactitud.

LA DEMANDA

En desacuerdo, la sociedad contribuyente inició proceso de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Solicitó que se declarara la nulidad de la operación administrativa contenida en la Liquidación de Revisión 00328 del 14 de marzo de 1983 de la División de Liquidación de la Unidad de Ventas de la Administración de Impuestos de Bogotá, y en las Resoluciones números A-00177-P de abril 10 de 1986 y R-000032-V de marzo 16 de 1988, proferidas por la División de Recursos Tributarios de la citada Administración y por la Dirección General de Impuestos Nacionales, respectivamente. Pidió que como consecuencia de lo anterior, se declarara la nulidad de los actos administrativos precitados. Como normas violadas citó las siguientes: Artículos 3 del Decreto 2821 de 1974, 13 del Decreto 2368 del mismo año, 11 y 12 del Decreto 1494 de 1978, 31 y 32 de la Ley 52 de 1977, 48 y 49 del Código de Comercio y 30 del Código Civil. Insistió en que sí había lleva cuentas separadas de sus ventas gravadas y exentas, tal como quedó demostrado plenamente dentro del proceso liquidatorio.

LA SENTENCIA APELADA

En sentencia del 14 de agosto de 1991, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió modificar los actos administrativos acusados. Estableció que la suma que la contribuyente debía pagar por concepto de Impuesto de Ventas era de $914.322, excluyendo de la tasación la suma de $150'180.857, correspondiente a ventas excluidas de gravamen de conformidad con el dictamen rendido por peritos durante el proceso. Así mismo, ordenó a la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá reintegrarle a la actora la suma de dos pesos que fueron pagados de más por ésta al cancelar el Impuesto de Ventas correspondiente al segundo semestre de 1980.

LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada, al recurrir n apelación la sentencia, argumentó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solamente tuvo en cuenta el dictamen pericial, haciendo caso omiso del informe rendido por los funcionarios que realizaron la visita contable dentro del proceso gubernativo.

Afirma que al no haber tenido la administración la oportunidad de examinar los libros auxiliares de contabilidad con ocasión de la mencionada visita contable, dichos libros no pueden ser tenidos en cuenta por el juez administrativo para proferir fallo. A esto agrega que el valor probatorio de los libros Auxiliares es precario, ya que no

requieren registro previo en la Cámara de Comercio. Sostiene, además, que el libro Mayor debe indicar con claridad los datos en él contenidos, y que los libros Auxiliares solo deben ser utilizados en los eventos en que se busque conocer al detalle las operaciones económicas allí registradas.

OPOSICION A LA APELACION

El representante judicial de la sociedad se opone a los argumentos sostenidos por la entidad apelante en los siguientes términos:

Sostiene que su mandante sí llevó las cuentas separadas de sus operaciones gravadas y exentas durante el período correspondiente al segundo semestre de 1980, tal y como resulta del dictamen pericial rendido en primera instancia.

Afirma también que las apreciaciones consignadas en el Acta de visita practicada por la Administración de Impuestos, de conformidad con las cuales no se hallaban debidamente separadas las ventas gravadas y las no gravadas, es subjetiva y parcial, por cuanto la sociedad por él representada lleva su contabilidad de acuerdo con las normas legales, tal y como resulta del dictamen pericial practicado.

A lo anterior agrega que la sentencia de primera instancia fundó su decisión en las copias de los comprobantes de diario correspondientes a las ventas de Artículos comprados en plaza anexos al dictamen pericial, y que ello demuestra que su poderdante, sí llevaba cuentas separadas a nivel de los libros Diario y Mayor.

Finalmente señala que la separación entre ventas gravadas y no gravadas no necesariamente debe hacerse en los libros principales, sino que puede aparecer en los Auxiliares, atendiendo al principio de unidad de la contabilidad. Cita, como fundamento de su afirmación, sentencia de esta Corporación fechada el 6 de mayo de 1988 (Exp. 1610).

COADYUVANCIA

La Nación -Unidad Administrativa Especial- Dirección de Impuestos Nacionales, solicitó ser tenida como parte coadyuvante dentro del trámite del presente recurso. Su representante judicial afirma que se ha debido tener en cuenta la visita contable practicada por la Administración, y no la prueba pericial realizada en el desarrollo del proceso Contencioso-Administrativo; sostiene que la realización del experticio judicial permitió a la sociedad contribuyente mejorar la prueba presentada en la visita contable. Agrega que al admitir la prueba pericial, se violan principios generales del derecho, como son el del debido proceso y el de la lealtad de las partes, precisamente porque las pruebas presentadas ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa no fueron las mismas que estuvieron al alcance de la Administración y dieron fundamento a los actos acusados.

CONCEPTO FISCAL

La representante del Ministerio Público, en concepto que obra a folio 143 y siguientes del cuaderno principal, solicita que se confirme la sentencia apelada. Considera que las pruebas aportadas por la sociedad contribuyente son suficientes para establecer que sí se llevaban cuentas separadas de ventas gravadas y exentas, como resulta de los libros auxiliares y del dictamen pericial. Con relación a éste último, señala que la entidad demandada no lo objetó habiendo tenido la oportunidad para ello. Finalmente, considera que bajo ningún punto de vista puede considerarse como deslealtad procesal el que el *a-quo* hubiera encaminado las pruebas recaudadas durante el proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El aspecto central de la controversia planteada tanto por el representante judicial de la entidad demandada al recurrir en apelación, como por la representante judicial de la parte coadyuvante, se concreta a establecer si el *a-quo* valoró de manera acertada las pruebas allegadas al proceso, en especial aquéllas con base en las cuales determinó que la contribuyente sí llevaba separadamente las cuentas correspondientes a ventas gravadas y a ventas excluidas de gravamen.

De los antecedentes del *sub-lite* se establece que la entidad demandada, con fundamento en el Acta de la visita contable practicada a la sociedad contribuyente, determinó que ésta no llevaba separadamente las cuentas arriba mencionadas, y que por lo tanto debía aplicársele lo perceptuado por el Artículo 13 del Decreto 2368 de 1974; es decir, que debía pagar el impuesto por la totalidad de sus ventas, incluidas las que, en principio, están excluidas de gravamen por referirse a productos comprados en plaza.

Dentro del proceso ante la jurisdicción Contencioso Administrativa adelantado en primera instancia, se estableció a través de dictamen pericial que, contrario a lo que había establecido la Administración con base en la visita contable, la contribuyente sí llevaba separadamente las cuentas correspondientes a ventas gravadas y excluidas.

Del análisis de las pruebas recaudadas, el *a-quo* optó por acceder a las súplicas de la demanda y modificar los actos acusados.

Razón por la cual las partes apelante y coadyuvante formulan, concretamente, los siguientes cargos.

1. El *a-quo*, para tomar su determinación tuvo en cuenta únicamente el dictamen pericial, haciendo caso omiso del resultado de la visita contable que practicó la Administración en la vía gubernativa.

La actividad probatoria adelantada por las partes a lo largo del proceso tiene por finalidad hacer claros ante el fallador los hechos que dan pie a sus pretensiones. En procesos como el *sub-lite*, la totalidad de la carga probatoria recae en la parte demandante, que puede hacer uso de cualquiera de los medios probatorios legales con este fín.

En desarrollo de la facultad precitada, la contribuyente solicitó que se practicara una inspección contable a sus libros. Como resultado de dicho experticio, los peritos determinaron que la sociedad demandante sí llevaba separadamente las cuentas de ventas gravadas y excluidas. Dicha conclusión, opuesta a la que extrajo la Administración del Acta de visita contable, fue la que tuvo en cuenta el *a-quo* al momento de dictar sentencia, en actitud que bajo ningún punto de vista puede ser considerada contraria a derecho. En efecto, de conformidad con el Artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento administrativo por disposición del Artículo 168 del C.C.A., el juez debe apreciar los pruebas libremente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, a no ser que para el caso específico se requiera prueba solemne. Que en *sub-lite* el *a-quo* hubiere preferido una prueba a la otra, no es sino el resultado del análisis que tiene que hacer en desarrollo de su función.

Por lo demás, de una lectura atenta del Acta en que quedó registrada la visita contable, se establece que la sociedad ALBAQUIMICA DE COLOMBIA sí llevaba separadamente la cuenta de las ventas excluidas correspondientes al segundo semestre de 1980. Lo que sucedía era, que en vez de rotularlas bajo el nombre de "Ventas Excluidas de Gravamen" lo hacía bajo el item "Venta de Productos Locales". Se trata pues, de una simple diferencia en cuanto al nombre utilizado para identificar las ventas, que en nada altera el contenido de la cuenta. Al respecto, es pertinente citar el siguiente extracto del Acta en comento:

> ".....se constató dentro de los libros de contabilidad que la partida de $160'180.857 que se solicita verificar no corresponde a compras efectuadas por la compañía investigada conforme lo expresa el Auto Comisorio, sino a ventas de productos locales de acuerdo al Libro Mayor y a lo establecido en la cuenta auxiliar, ventas no gravadas en el segundo semestre del año de 1980 y en la cual aparecen las siguientes imputaciones:....." (Subraya fuera del texto).

La existencia de cuentas separadas no sólo se evidencia del anterior extracto, sino de otros. Así, por ejemplo, del numeral segundo del Acta se establece que en los comprobantes de Diario se encontraban respaldadas las compras de productos en plaza, y del numeral tercero se concluye que en dichos comprobantes se registraban separadamente las ventas de productos locales y las ventas de productos importados de producción.

Agréguese a lo anterior que si se examinan las copias del libro Mayor que obran al proceso se encuentran separadas las ventas de productos locales y la de productos importados y fabricados.

De todo lo anteriormente expuesto resultan claros dos puntos: primero, que está dentro de las facultades del fallador prestar más atención y considerar más eficaz una prueba que otra; y segundo, que no hay demostración de que el juez administrativo de primera instancia hubiera dejado de analizar las pruebas aportadas en conjunto, tanto o más si se tiene en cuenta que del Acta de la visita contable se puede concluir que la contribuyente sí llevaba cuentas separadas.

2. Para la realización del dictamen pericial no ha podido tenerse en cuenta la información de los libros Auxiliares, puesto que dicha información no fue presentada ante la Administración durante la realización de la visita contable.

Lo primero que hay que señalar al respecto del cargo expuesto, es que del Acta de la visita contable se colige que no es cierto. En efecto, quienes realizaron la visita afirman en la mencionada Acta que sí examinaron los libros auxiliares. Prueba de ello son los siguientes apartes:

> "Estudiados los libros de contabilidad, **Auxiliares**, comprobantes internos y externos, Declaraciones de Ventas y sus anexos, Declaraciones de Renta y sus anexos y demás documentos que integran la contabilidad...." (Subrayas fuera de texto).

Más adelante, en el mismo informe se lee:

> "En el libro Auxiliar de pérdidas y ganancias conformado por tarjetas auxiliares...." (Subrayas fuera de texto).

Si bien a la luz de las anteriores citas queda desvirtuada la afirmación del apelante, señálese que aún en el evento en que el informe de la visita contable no se hubiera basado en los libros auxiliares, este solo hecho no daría lugar a la aplicación del Artículo 15 del Decreto 3803, -que dicho sea de paso no es del año 1983 como afirma el recurrente, sino de 1982-, puesto que no hay prueba ni de que la demandante se hubiera negado a mostrar sus libros, ni de que dichos libros no existieran.

3. El contenido de los libros Auxiliares tiene un valor precario como elemento probatorio; la información debe surgir claramente de lo contenido en el Libro Mayor.

Ante todo, señálese, que tal y como quedó establecido atrás, en el libro Mayor aparecen separados los ingresos por concepto de venta de productos locales, de los ingresos provenientes de la venta de productos importados y fabricados. Es decir, que no es cierto que la resultante del dictamen pericial, y por ende la decisión del fallador, se haya basado únicamente en los libros Auxiliares.

Por lo demás, se establece del dictamen pericial que no existe contradicción alguna ente lo señalado en el libro Mayor y lo contenido en los libros Auxiliares en cuanto al monto de las ventas de productos comprados en plaza.

Debe señalarse, a más de lo arriba expuesto, que en materia contable relacionada con el Impuesto a las Ventas, el legislador se ha preocupado por establecer algunas reglas. Es así como en el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, se señala como una obligación para los responsables del Impuesto a las Ventas, el llevar un registro auxiliar de ventas y compras ceñido a ciertas formalidades. No se trata, por lo tanto, de un libro Auxiliar cualquiera, de forma que el contribuyente puede decidir libremente llevarlo o no, sino de un registro que obligatoriamente debe llevar en la forma que lo determina la citada disposición, y que debe ser tenido en cuenta como elemento probatorio.

No quiere la Sala con lo anterior, restarle importancia a la manera como debe llevarse la contabilidad en materia del Impuesto a las Ventas. Por el Contratio, debe advertirse que en pocas ocasiones se ha preocupado el legislador por establecer exactamente la forma en que han de llevarse los libros, y que el que lo hubiera hecho con relación a este tema es indicativo de la gran importancia que en materia de Impuesto a las Ventas tiene la información contable, que es casi el único punto de referencia que tiene la Administración para tasar el monto de las contribuciones.

Finalmente, y con relación a lo sostenido por la representante judicial de la parte coadyuvante en el sentido de que al tenerse en cuenta la prueba pericial y no el Acta de la visita contable para proferir sentencia se violaron el debido proceso y el principio de lealtad procesal, debe la Sala rechazar los argumentos de la coadyuvante pro varias razones.

Como ha quedado establecido, no existe una diferencia sustancial entre el contenido del Acta de visita y lo conceptuado en el dictamen pericial. Por otro lado, si la entidad demandada hubiere considerado que la prueba no ha debido realizarse, o que no reflejaba la realidad de los hechos, ha debido objetarla, para lo cual le fue concedido el término señalado por la ley. Recuérdese además, que la prohibición del Artículo 15, Decreto 3803 de 1982 no es aplicable al *sub-lite* por razones atrás expresadas.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de agosto de 1991

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate. Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

ACUMULACION DE PERDIDAS -Procedencia/**VENTA DE BIEN INMUEBLE/ INGRESO** -Realización/**COSTOS**

Es procedente la acumulación de las pérdidas habidas en cada operación porque ambas pueden considerarse son del mismo género o con igual tratamiento. En el primer caso de trataba de un activo movible, como quiera que encuadraba dentro del objeto social y en el segundo por ser venta de activo adquirido en el mismo año. No era necesario para probar el costo, ni tampoco para demostrar las pérdidas habidas en las operaciones de compra y venta referidas, el registro de las escrituras a través de las cuales se efectuaron, puesto que si los ingresos provenientes de la enajenación de bienes inmuebles se entienden realizados en la fecha de la escritura pública correspondiente, correlativamente y para los mismos efectos se deben tener en cuenta éstas para determinar los costo y las pérdidas.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., Octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

REF.: EXPEDIENTE No. 4079. ACTOR: EDIFICIO CRISTOBAL COLON DEL NORTE LTDA. IMPUESTO RENTA. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 15 de noviembre de 1991, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, formuladas por la sociedad EDIFICIO CRISTOBAL COLON DEL NORTE LTDA., contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Renta por el año gravable de 1984.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Analizada la declaración de renta del período gravable d 1984 y sin obtener respuesta al Requerimiento Especial 139 del 25 de marzo de 1987, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó la liquidación de Revisión 485 del 15 de julio del mismo año. De las suma solicitadas en la declaración, rechazó: la correspondiente a costos por venta de activos fijos, por falta de identificación, de acuerdo al numeral 3 Artículo 4 del Decreto 80 de 1984, Artículo 2 Decreto 1843 de 1984 y Artículos 8 y 18 del Decreto 3139 de 1984, teniendo en cuenta el siguiente planteamiento:

Total costos solicitados a 31 de diciembre de 1984	$158'643.570
Menos: costos acumulados a 31 de diciembre de 1983	$127'369.434
Total costos rechazados	$ 31'274.136

De las deducciones propuesta desconoció la suma de $2'913.003 descompuesta así:

a) Por no acreditar haber efectuado y consignado la retención en la fuente, servicios, honorarios y comisiones por la suma de	$2'655.000
b) Por incumplimiento de los requisitos previstos en el Artículo 56 del Decreto 2053 de 1974, impuestos pagados por valor de	23.072
c) Y por no encontrarse debidamente identificadas, otras deducciones en cuantía de	234.931

Por último desestimó el pasivo relacionado por $3'339.361 y aplicó la sanción prevista por el Artículo 27 del Decreto 080 de 1984, por no haber identificado inicialmente ingresos, deudores, pasivos, costos y deducciones, de acuerdo con los numerales 3, 4, 6 y 7 del Artículo 4 del Decreto 1843 de 1984.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, por Resolución 133 del 30 de noviembre de 1988, modificó la liquidación oficial. De las deducciones rechazadas inicialmente, aceptó la suma de $2'340.000 sobre las cuales probó haber efectuado la retención en la fuente y mantuvo la desestimación del saldo, unas, por no haber suplido los requisitos echados de menos y otras por no explicar la diferencia entre los valores anotados en los rubros discriminados en el formulario oficial, renglones 212 al 234 y el total de las deducciones consignadas en el renglón número 235.

Confirmó el rechazo de los costos porque para la procedencia de los mismos la contribuyente aportó, entre otros documentos, la Escritura No. 1498 de septiembre 3 de 1984, pero sin registrar en la Oficina de Instrumentos Públicos, lo que hace, dice el fallador que, de acuerdo con los Artículos 43 y 44 del Decreto 1250 de 1974, no tenga mérito probatorio. La desestimación del pasivo y la sanción por no subsanar los requisitos omitidos.

Agotada la vía gubernativa, el apoderado judicial de la sociedad, aún cuando no en forma clara, reclama ante la jurisdicción, la nulidad de la actuación administrativa y el restablecimiento del derecho de su representada confirmando la liquidación privada que por el año cuestionado presentó la sociedad.

Cita entre otras disposiciones violadas las siguientes:

- Artículos 2, 16, 20, 26 y 30 de la Constitución Nacional
- Artículos 16 y 23 del Decreto 2053 de 1974
- Artículo 6 del Decreto 2775 de 1983 y
- Artículo 16 del Decreto 3410 de 1983

Argumenta el reclamante en síntesis, que en virtud del objeto social de la empresa que es el de adelantar construcciones, la compra y venta de bienes inmuebles, entre otras actividades, la utilidad o pérdida obtenida en tales operaciones afecta la renta de aquélla y no las utilidades del género de las ganancias ocasionales, independientemente de que los activos hubieren sido poseídos por dos o más años. De donde infiere que debe rebajarse la renta gravable determinada por la Oficina de Impuestos, la suma de $19'869.434 pérdida resultante, parte, en la enajenación de construcción en la Urbanización El Nogal y el saldo en la venta del local de Unicentro, que recibió como parte del pago de la primera negociación. Para el efecto se remite a las pruebas que aporta ente la jurisdicción. Esto es, a los certificados expedidos por la Superintendencia de Notariado y Registro sobre las Matrículas Inmobiliarias números 05000629045 y 0500335881 que fueron echados de menos en la vía gubernativa.

Afirma que el desconocimiento de las deducciones por falta de retención en la fuente, no es procedente, porque si éstas no se efectuaron, fué porque en unas oportunidades por la cuantía no eran del caso hacerlas y en otras porque no había forma legal que así lo exigiera.

Entiende que de acuerdo con el Artículo 16 del Decreto 3410 de 1983, estando firmada la declaración de renta por el Contador Público, todo lo afirmado por la sociedad para que se le reconocieran los costos, deducciones y pasivos ha debido aceptarse.

Pido por último, se levanten las sanciones impuestas por omisión en la identificación de los terceros de quienes recibió ingresos, así como de los deudores y beneficiarios de costos y deducciones, porque oportunamente, dice, se aportaron los documentos que sustentan tal petición.

Finalmente se remite a las pruebas que la sociedad aportó con la declaración de renta, con ocasión del recurso se reconsideración y a las que adjunta ante la jurisdicción.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de noviembre 15 de 1991, accedió parcialmente a las pretensiones de la sociedad. Estimó el a-quo que con los documentos que obran dentro del informativo, la sociedad probó el costo de los bienes vendidos en el año gravable de 1984, puesto que la falta del registro de la Escritura de compra del local No. 1-84 por la suma de $37'500.000 fué subsanada ante la jurisdicción con la presentación del correspondiente certificado del Registrador, en donde consta la solemnidad omitida inicialmente por la sociedad.

Por falta de explicaciones justificativas y pruebas, mantuvo el rechazo de los demás rubros desestimados por la Administración.

Ratifica las sanciones impuestas porque las informaciones omitidas y suministradas después del término perentorio consagrado en el Artículo 27 del Decreto 80 de 1984, no lo exoneran de aquéllas.

DE LA APELACION

La apoderada de la Dirección de Impuestos Nacionales apela de la sentencia y pide se revoque exclusivamente en cuanto a la aceptación de los costos en venta de activos fijos ya que la actuación administrativa se encuentra en un todo ajustada a derechos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Debe dilucidar la Sala en concreto en esta oportunidad, si es procedente aceptar los costos solicitados por activos enajenados en 1984 o, si por el contratio debe mantenerse el rechazo por parte de la Administración Tributaria, porque, como ésta dice, su actuación estuvo ajustada a derecho.

La sociedad reclamante cuyo objeto social es la construcción, en la declaración presentada por el año que es materia de controversia, incluyó en el renglón 181

ingresos obtenidos en la venta de activos fijos poseídos menos de dos años, por valor de $25'000.000 y en el No. 182, $120'000.000, por los percibidos en la enajenación del los poseídos por dos años o más. Correlativamente en los renglones números 207 y 208 relacionó el costo de los mismos por valor de $37'500.000 y $121'143.570, respectivamente.

La contribuyente no contestó el requerimiento formulado, ni explicó el incremento del costo declarado en el año 1984 y que estableció en $31'274.136 confrontándolo con el denunciado en los renglones 25 y 26 del formulario oficial año gravable 1983 en $127'369.434.

Con motivo del recurso de reconsideración, el apoderado de la sociedad explicó, que en 1984 enajenó por $120'000.000 el lote y las construcciones en curso declaradas en la vigencia anterior $127'369.434, de lo cual resulta que tuvo una pérdida de $7'369.434 y que como de esta transacción recibió como parte del precio un local en Unicentro por $37'500.000, éste posteriormente y en el mismo año lo vendió por $25'000.000 la pérdida en venta de los activos se incrementó en $12'500.000, para un total de $19'869.434.

Las operaciones en cuestión fueron respaldadas así: la primera, con la tercera copia de la Escritura No. 1775 del 29 de marzo de 1984, Notaría 29 del Círculo de Bogotá, (fls. 15 a 22 Ant. Ad.) y con fotocopia de la Escritura No. 1778 del 30 de marzo del mismo año (fls. 23 a 29 Ant. Ad.), ambas sin constancia de registro de la oficina de Instrumentos Públicos y la segunda, con la cuarta copia de la Escritura No. 1498 de septiembre 3 de 1984, Notaría Diecisiete, con la misma omisión (fls. 64 a 72 Ant. Ad.).

Ante la jurisdicción y para subsanar la deficiencia echada a menos por la Administración, la contribuyente aportó fotocopia de certificados expedidos por la Superintendencia de Notariado y Registro, sobre los inmuebles objeto de las transacciones y cuyos costos se discuten.

Analizados estos documentos, la Sala encuentra que las Escrituras No. 1775 y 1498 allegadas al expediente en copias expedidas sobre las originales, autorizadas por los respectivos Notarios 29 y 17 del Círculo de Bogotá, y que coinciden en general con los datos suministrados en la declaración de renta 1984 firmada por Contador, son pruebas suficientes para proferir un fallo favorable a las pretensiones de la actora como en efecto lo pronunció el *a-quo*, porque no era necesaria la constancia de registro de aquellas escrituras para probar los costos.

Con la primera de las citadas escrituras se evidencia:

a) Que la sociedad enajenó el "lote de terreno junto con las edificaciones en él existentes y demás dependencias y anexidades, ubicado en la Carrera 11 con la Calle 77-A de la urbanización El Nogal" de Bogotá, por la suma de $120'000.000.

b) Que como parte del precio de esta venta la empresa recibió el local número 1-84, que hace parte de la ciudadela comercial "Unicentro", por la suma de $37'500.000.

Consecuente con las anotaciones anteriores se tiene que el costo de los bienes enajenados en el año materia de controversia se descompone así:

1. Costo del lote y de las construcciones efectuadas en él, declaradas a 31 de diciembre de 1983 y tenidas en cuenta por la Administración	$127'369.434
2. Costo del local de Unicentro adquirido y vendido durante el año de 1984	$ 37'500.000
TOTAL del costo de los bienes enajenados	$ 164'869.434

Como el primero de los bienes se transfirió por $120'000.000 y el segundo por $25'000.000 resulta un total de ingresos por las ventas de $145'000.000, a los cuales restado el total de los costos, $164'869.434 arroja una pérdida de $19'869.434.

Es procedente la acumulación de las pérdidas habidas en cada operación porque ambas pueden considerarse son del mismo género o con igual tratamiento tributario. En el primer caso se trataba de un acto movible, como quiera que encuadraba dentro del objeto social y en segundo (el local) por ser venta de activo adquirido en el mismo año.

No era necesario para probar el costo, ni tampoco para demostrar las pérdidas habidas en las operaciones de compra y venta referidas, el registro de las escrituras a través de las cuales éstas se efectuaron, puesto que si en los términos del literal d) del Artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, los ingresos provenientes de la enajenación de bienes inmuebles se entienden realizados en la fecha de la escritura pública correspondiente, correlativamente y para los mismos efectos se deben tener en cuenta éstas para determinar los costos y también las pérdidas que de tales operaciones resulten. (Artículo 43 parte final Decreto 1250/70).

Por esta razón y además por no encajar en lo previsto en el Artículo 214 del C.C.A., la Sala no consideró procedente la prueba que solicitó en el alegato de conclusión la apoderada de la Dirección de Impuestos. relativa a aspectos de los certificados de registro.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

INCOMEX -Funciones/COMPETENCIA FUNCIONAL/SISTEMA ESPECIAL DE INTERCAMBIO COMERCIAL

Según las normas legales es función del Incomex "Registrar las importaciones y exportaciones, aceptar, cancelar y hacer efectivas en su caso, las garantías que deban constituirse ante el Instituto y llevar las estadísticas correspondientes" y corresponde al Director del Instituto expedir los actos necesarios para el cumplimiento de las funciones de la entidad. Allí radica la competencia que ejerció el INCOMEX ya que el hecho de que los Decretos regulatorios del Sistema Especial de Intercambio Comercial hubieren sido derogados no afectaron dicha competencia para hacer efectiva una garantía ante el incumplimiento del exportador. Y es que dicha competencia la ha tenido el INCOMEX desde la vigencia del Decreto Ley 539 de 1969 y la mantiene tanto para los sistemas ordinarios como para los especiales de intercambio comercial.

DERECHO DE DEFENSA/PRINCIPIO DE LEGALIDAD

No es válido el argumento de ausencia de legalidad del hecho ilícito, y de la sanción, ni el relativo a la violación del derecho defensa, por que además el contratista incumplido conocía su obligación de reintegrar las divisas a que hubiere lugar y sabía que si no lo hacía, le harían efectiva la respectiva garantía. Además, la actora tuvo oportunidad de cuestionar las decisiones de la administración, a través de los recursos propios de la vía gubernativa e inclusive solicitó la pérdida de fuerza ejecutoria de dichas decisiones, sin que pueda por lo tanto afirmarse que se desconoció el derecho de defensa y la garantía del debido proceso.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C. Octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ref.: Radicación 4100. Apelación sentencia de 12 de diciembre de 1991 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones 1987 y 2136 de 16 de junio de 1988 del Instituto Colombiano de Comercio Exterior. Actor: MODAPIEL S.A. FALLO

Magistrada Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por MODAPIEL S.A., la actora, contra la sentencia de 12 de diciembre de 1991, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento contra las resoluciones 993 de 19 de marzo de 1987 y 2136 de 16 de junio de 1988, expedidas por el Instituto Colombiano de Comercio Exterior.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el apoderado de la parte actora presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda contra las resoluciones 998 de 19 de marzo de 1987 del Subdirector de Operaciones del Instituto Colombiano de Comercio Exterior mediante la cual se declaró el incumplimiento de la obligación de reintegrar divisas por la suma de $1.582.608.83 y ordenó hacer efectiva la garantía y 21 36 de 16 de junio de 1988, del Subdirector de Operaciones del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, que al resolver el recurso de reposición confirmó la anterior resolución, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Las normas violadas y el concepto de la violación se resumen así:

Los actos administrativos acusados son manifiestamente violatorios de los Artículos 20, 26 y 28 de la Constitución Nacional de 1886, y del Artículo 1 del Decreto 1459/86, por los siguientes motivos:

1. Incompetencia

El Subdirector de Operaciones del INCOMEX actuó sin competencia al declarar los incumplimientos con respecto a las operaciones sobre los Sistemas Especiales de Intercambio Comercial (SEIC) e imponer las sanciones, porque los actos acusados se dictaron con base en los Decretos 370/84 y 3707/85 que para la fecha en que los actos demandados se expidieron ya habían sido derogados por el Decreto 1459/86, careciendo así de competencia el citado Subdirector de Operaciones del INCOMEX.

2. Falsa o Errónea Motivación

Porque los fundamentos jurídicos que se invocaron en los actos demandados no tenían vigencia cuando se expidieron tales actos: concretamente, se hace referencia a las resoluciones 1197 y 3290 de 1985, 1365, 1360 y 2241 de 1986; y 1916 de 1987.

Y alega la actora, que la sanción se impuso por no reintegrar divisas dentro del plazo previsto para tal efecto en la resolución 1365 de 1986, siendo que dicho plazo se estableció para que los exportadores usuarios de los SEIC solicitaran la modificación de sus registros de exportación sin reintegro o con reintegro.

3. Quebrantamiento de Normas Superiores

Hubo violación de los Artículos 26 y 28 de la C.N. de 1886, referentes al derecho de defensa y a la legalidad del hecho ilícito y de la sanción porque al desaparecer del ámbito jurídico todas las regulaciones que gobernaban los SEIC, quedaron sin regulación tanto para la definición de las conductas antijurídicas como las consecuencias.

Para la imposición de la sanción, la Administración no se sujetó a un procedimiento legalmente establecido, debido a que no se formularon cargo y no se otorgó la oportunidad de ejercitar el derecho de defensa.

ARGUMENTOS DE LA PARTE OPOSITORA

El Instituto Colombiano de Comercio Exterior, mediante apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que el Director del INCOMEX si tenía competencia para expedir las resoluciones demandadas, de conformidad con los Artículos 3 literal p) y 8 literal a) del Decreto Ley 151 de 1976.

Agrega que de conformidad con el Artículo 38 de Ley 153 de 1887, los contratos se rigen por las normas vigentes al momento de su celebración.

Afirma que los actos demandados se profirieron con base en el Decreto Ley 151 de 1976 y no se citaron los Decretos 370 de 1984 y 3707 de 1985, que fueron derogados y que la derogatoria de éstos no puede tener efecto retroactivo.

Finalmente anota que el INCOMEX dió cumplimiento al Decreto 01 de 1984 notificó oportunamente las resoluciones cuestionadas, lo que le permitió al interesado interponer los recursos procedentes, sin que pueda afirmarse que se desconoció el derecho de defensa.

Y en cuanto a la preexistencia del hecho punible considera aplicable la Resolución 3765 de 1988 para las operaciones autorizadas bajo la vigencia de una norma anterior.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda refiriéndose a cada uno de los cargos planteados así:

1. Fundamentándose en los Artículos 3 literal p) y 8 literal a) del Decreto Ley 151/76, y las resoluciones 1360 y 2241/865 expedidas por la Dirección General del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, el Subdirector de Operaciones de esa entidad profirió los actos administrativos demandados.

El Subdirector de Operaciones del INCOMEX, en desarrollo de la atribución delegada dictó los actos acusados por medio de los cuales declaró el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad actora y le impuso una sanción de $1.582.608.83. Teniendo en cuenta lo anterior, el mencionado Subdirector expidió los actos demandados dentro del marco de su competencia.

Los Decretos 370/84 y 3707/85 no son como lo indica la accionante las normas que radican la competencia para expedir los actos demandados porque únicamente se limitaron a sentar las bases sobre las que debían desenvolverse los Sistemas Especiales de Intercambio Comercial.

2. Ante la pretensión de nulidad por falsa o errónea motivación, el a-quo consideró que dicha causal de anulación no se configuró porque aún sin la vigencia de las normas a cuya derogatoria se refiera la parte actora, el contrato de trueque y la garantía personal constituida seguían existiendo y por el hecho mismo de su vigencia podría servir de fuente de los actos administrativos en cuestión.

Precisa también el a-quo que si, en gracia de discusión, se tuvieran dichas normas como las bases de los actos demandados, también resultaban ajustadas a la legalidad, ya que su vigencia tendría respaldo en el Artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual "en todo contrato se entenderán incorporadas las Leyes vigentes al tiempo de su celebración".

En este aspecto agrega finalmente que no fueron los diferentes ordenamientos jurídicos los que motivaron a la administración para expedir las resoluciones impugnadas sino, "el hecho del no reintegro, ni dentro de los plazos convenidos ni después, de las divisas de exportación".

3. Precisa el a-quo que:

> "....mal puede predicarse la violación del Artículo 26 de la Constitución Nacional derogada (29 del texto ahora vigente) aduciéndose la pretermisión al derecho de defensa, menos aún si se tiene en cuenta que la demandante como

otorgante de garantía personal, era totalmente conocedora de la consecuencia que le acarrearía el no cumplimiento de lo convenido en el contrato SEIC de trueque que ante el citado organismo estatal había suscrito" (fl. 227).

Al respecto citó las sentencias del Consejo de Estado, Sección Cuarta de 23 de marzo de 1990, Consejera Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos, expediente 1952; y de 7 de diciembre de 1990 Consejero Ponente Dr. Carmelo Martínez Conn, expediente 2205.

Afirma que, a pesar de la derogatoria de los Decretos 370/84 y 3707/85 y de los actos administrativos que había expedido el Director General del INCOMEX con base en tales Decretos, los funcionarios del INCOMEX estaban obligados a seguir aplicando tales preceptos de acuerdo con lo establecido en la Circular Postal SOI29 y 32 de 20 de mayo de 1986 de la Subdirección del INCOMEX. De acuerdo con lo anterior y con el inciso final del Artículo 38 de la Ley 153/1887, la administración si estaba obligada a juzgar el incumplimiento de conformidad con las normas vigentes en ese momento.

Considera que en materia de exigibilidad de la garantía personal por incumplimiento de lo pactado en el contrato SEIC en la modalidad de trueque, son aplicables las resoluciones 0504 de 29 de marzo /84 y 1444 de 6 de julio/84, expedidas por la Dirección General de Aduanas y que no se configura violación del Artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886.

Finalmente, con respecto a la violación del Artículo 28 de la misma constitución, agrega el a-quo que:

"en el caso presente tanto la sanción impuesta como los hechos con fundamento en los cuales esa sanción se impuso, se encuentran previa y claramente determinados en la Ley. Así se infiere de los transcritos Artículos 18 y 5 de las resoluciones 0504 de marzo 29 y 1444 de julio 6 de 1984, expedidas por el Director General del Instituto Colombiano de Comercio Exterior;..." (fl. 230).

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la sociedad actora fundamentalmente el recurso de apelación en síntesis, así:

1. Con respecto a la nulidad de los actos impugnados por incompetencia, considera que la competencia sancionaria tenía su fundamento no en el Decreto Ley 151 de 1976, sino en el derogado Decreto 370 de 1984 y por ello afirma que fue una omisión grave del Subdirector de Operaciones del Incomex y posteriormente el Tribunal, el haber desconocido que en el momento en que se expidió la Resolución 998/87, la facultad delegada había desaparecido completamente del mundo jurídico por la derogatoria anterior y sin condicionamiento alguno de la norma que ha había conferido

originariamente, el Decreto 370/84, por parte del Decreto 1459 de 1986, es decir, casi un año antes del acto atacado, luego también quedó sin vigencia, en lo pertinente, la Resolución Nro. 1360/86 y en consecuencia, al proferirse el acto controvertido no existía uno de los dos supuestos necesarios para que operara efectivamente la delegación.

2. Frente a la pretensión de nulidad por "falsa o errónea motivación", el recurrente cuestiona la providencia del Tribunal por considerar que si hay falsa motivación en los actos acusados, porque s fundamentan en disposiciones ya derogadas, y agrega, que el a-quo se equivocó al referirse a la norma que dispone que la garantía se hará efectiva en el evento en que la importación no se realice, ya que, en este caso, la operación sí se realizó y la controversia se refiere a la obligación de reintegrar una suma diferencial surgida de la negociación.

Anota el recurrente que la resolución 1365/86 dispuso un plazo de un mes pero como lo pretende la administración para realizar un reintegro, sino para "solicitar la modificación de sus registros de exportación sin reintegro o con reintegro" y afirma que el Tribunal no se pronunció sobre:

"a) Cómo deducir el incumplimiento del plazo para el reintegro, que vencía el 10 de mayo/86, si hasta el 6 de mayo anterior la resolución que lo establecía, es decir, la 1635 citada quedó derogada por la derogatoria de los Decretos 370/84 y 3707/85 que le habían servido de fundamento?

"b) La Resolución 998 fué expedida en marzo/87, entonces cómo imponer una sanción después de transcurrido casi un año desde la fecha de la derogatoria de las normas que establecía (sic) la posibilidad de imponer dicha sanción, aludiendo a ellas como si estuvieran vigentes?

"c) En todo caso, cómo pasar por alto que el plazo concedido por la Resolución 1365/86 no era para efectuar el reintegro, sino para que los exportadores solicitaran 'la modificación de sus registros de exportación sin reintegro o con reintegro'?" (fls 248 y 249)

En cuanto al planteamiento del Tribunal de que el fundamento de los actos administrativos está en el contrato y la garantía, el recurrente alega que la operación de trueque fué acordada entre dos sujetos de derecho privado: MODAPIEL S.A. y Colombiana de Tractores Ltda., por tanto, el Incomex no era parte en el contrato.

Afirma que la facultad sancionatoria devenía para el Incomex directamente del Decreto 370/84, y lo que hizo el convenio SEIC suscrito por los sujetos mencionados, fue reconocer aquel ordenamiento normativo, acomodándose a lo que se disponía en tal sentido, sin que esto último implicara que el poder sancionatorio tuviese su fuente directa en una cláusula contractual y sin que pudiera suponerse carácter ultractivo al Decreto 370 de 1984.

Los mismo argumentos plantea para cuestionar la aplicación del Artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

3. En relación con la nulidad por el quebrantamiento de las normas que regulan el debido proceso, derecho de defensa y tipicidad de la conducta ilícita y de la sanción, el recurrente indicó que el INCOMEX inobservó las normas que regulan el debido proceso haciendo inoperante el ejercicio del derecho de defensa por parte de la sociedad actora; y agregó que la sanción impuesta mediante la resolución 998 de marzo/87 era improcedente, debido a que las normas establecían la posibilidad de imponer tal sanción, habían sido derogadas desde el 6 de mayo de 1986.

Y agrega que no se puede aceptar el argumento del Tribunal de que no se violó el derecho de defensa y la garantía del debido proceso porque no existe ninguna norma que consagre un procedimiento especial que la administración deba cumplir, pues en este evento, se ha debido dar cumplimiento a los Artículos 3 y 5 de la Ley 58 de 1982, según los cuales se deben proteger la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y a falta de un procedimiento especial las actuaciones administrativas se deben cumplir conforme a los principio de audiencia de las partes, enumeración de los medios de prueba que puedan ser utilizados y necesidad por lo menos sumaria de motivar los actos que afecten a particulares.

EL CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Sexta de la Corporación, precisa en primer lugar que los actos administrativos demandados no impusieron ninguna sanción a la sociedad actora, sino que exigieron de ella el reintegro de US$14.344.32, suma correspondiente a la diferencia entre el valor en dólares de los exportado y el valor en esa misma moneda de lo importado, teniendo en cuenta el contrato de operación de trueque celebrado entre Modapiel S.A. y Coltrac; y se refiere a los diferentes temas de controversia en síntesis así:

1. La competencia del funcionario que expidió los actos administrativos acusados no derivaba de los Decretos 370/84 y 3707/85, sino del Decreto 539/69 que permite la delegación por parte del Director del INCOMEX. Teniendo en cuenta lo anterior. las autoridades que expidieron los actos demandados sí tenían competencia para hacerlo.

2. Con respecto al cargo de falsa o errónea motivación la derogatoria de los Decretos que consagraban los Sistemas Especiales de Intercambio Comercial, tiene efectos hacia el futuro, para impedir que se realice el tipo de operaciones que dichos ordenamiento permitan, pero aquéllos que se adelantaran dentro de la vigencia de tales preceptos, están necesariamente sujetas a ellos y en el caso en estudio, la demandante y la sociedad Coltrac, constituyeron ante el INCOMEX, una garantía en cumplimiento del Artículo 9 del Decreto 370 de 1984, cuya efectividad se ordenó mediante los actos controvertidos.

3. En lo relacionado con la tipicidad de la conducta ilícita y de la sanción, anota que una vez realizada la operación de trueque bajo la vigencia de normas que posteriormente fueron derogadas, indudablemente implica la aplicación de las mismas hasta tanto ella se finiquite.

Analizando la alegada violación del debido proceso del derecho de defensa, encuentra que el INCOMEX expidió la resolución 998/87 declarando el incumplimiento de la obligación en forma unilateral.

Manifiesta que aunque para determinadas situaciones no existe un procedimiento previo especial, la administración está en la obligación de aplicar las normas generales del Decreto 01/84, en especial el Artículo 35, referente a la oportunidad que se le debe otorgar al administrado para que intervenga y exprese su opinión y con base en las pruebas la administración dedica.

En el presente caso, la garantía se otorgó para asegurar el reintegro de divisas, en el evento de que la importación no se realizara (Artículo 9 Decreto 370/84). De los documentos aportados surge que efectivamente se realizó la importación, hecho que no discute la administración; pero la diferencia radica en el cumplimiento o incumplimiento de las exigencias derivadas del Sistema Especial de Trueque.

Sobre el anterior aspecto, la actora hizo énfasis en el cumplimiento , por su parte, de la obligación que respaldaba con la garantía otorgada.

En conclusión, el incumplimiento fué declarado "motu propio" por el INCOMEX, no obstante que la sociedad actora alegó el cumplimiento cabal de sus compromisos, violándose así el derecho de defensa, al no habérsele dado la oportunidad a la actora de presentar pruebas y opiniones con relación a las acusaciones del INCOMEX.

Por lo anterior solicita que se revoque la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son tres los puntos de controversia planteados desde la demanda que dió origen al proceso, luego en la providencia apelada y posteriormente en el recurso de apelación que ahora resuelve la Sala, a saber:

1. Competencia de las autoridades administrativas que expidieron los actos cuestionados.

2. Falsa o errónea motivación.

3. Violación de los Artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional por desconocimiento del derecho de defensa y de la garantía del debido proceso, así como por la ausencia de legalidad de la infracción y de la sanción.

A cada uno de ellos se refiere la Sala.

1. Competencia de las Autoridades Administrativas que expidieron los actos cuestionados.

Observa la Sala que el cuestionamiento de los actos demandados por razones de incompetencia, no se refiere a la figura de la delegación que se hizo internamente dentro del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, del Director al Subdirector de Operaciones, aspecto que ha distraído el planteamiento esencial en esta materia, sino que se refiere es a la facultad de dicho Instituto ya sea de su Director o de su Subdirector para tomar la decisión contenida en los actos demandados.

Según su texto mismo, la resolución # 00998 del 19 de marzo de 1987, proferida por el Subdirector de Operaciones del Instituto Colombiano de Comercio Exterior declara el incumplimiento de la obligación de reintegrar unas divisas, equivalentes a la diferencia entre la importación y la exportación originadas en la operación de trueque No. 1-208 según contrato de 10 de diciembre de 1984, celebrado entre la sociedad actora MODAPIEL S.A. y la sociedad COLOMBIANA DE TRACTORES LTDA. COLTRAC. y ordena hacer efectiva la garantía personal otorgada por los señores Max Gilinxki, obrando a nombre propio o como representante de COLTRAC, de acuerdo con los términos de la cláusula 4 del citado contrato, garantía otorgada el 13 de diciembre de 1984 y aceptada por el Incomex el 14 del mismo mes y año (fls. 146, 147, 148).

Precisado el contenido de la citada resolución, la cual fue confirmada por la otra también demandada en el proceso, está claro para la Sala que se trata de declarar el incumplimiento de una obligación que había sido garantizada a través de una garantía personal, otorgada por los obligados, y de hacerla efectiva. Es necesario entonces, dilucidar si las autoridades administrativas tenían la facultad para tomar dichas decisiones.

Según la demanda y el memorial sustentatorio del recurso de apelación, no podía el Incomex declarar el incumplimiento de la obligación de reintegro de divisas y hacer efectiva la respectiva garantía, porque se trataba de la aplicación del Sistema Especial de Intercambio Comercial, a través del trueque, sistema que fue reglamentado por los Decretos 370 de 1984 y 3707 de 1985 y éstos fueron derogados expresamente por el Decreto 1459 de 1986; por lo tanto, desaparecido el sistema especial de trueque no tenía competencia el Subdirector de Operaciones del Incomex para tomar decisiones sobre obligaciones surgidas dentro de dicho sistema.

Dicho planteamiento no resulta válido si se tiene en cuenta la ya precisada naturaleza de la decisión y su fundamento legal.

En efecto, los actos demandados, como surge de su propio contenido, declaran el incumplimiento de una obligación, y ordenan hacer efectiva una garantía, y aunque

su parte motiva citan las resoluciones 1360, 2241, de 1986 y 1916 de 1987, también se fundamentan en los Artículos 3 literal p y 8 literal a) del Decreto Ley 151 de 1976.

Según éstas últimas normas invocadas es función del INCOMEX "Registrar las importaciones y exportaciones, aceptar, cancelar y hacer efectivas en su caso, las garantías que deban constituirse ante el Instituto y llevar las estadísticas correspondientes" y corresponde al Director de Instituto expedir los actos necesarios para el cumplimiento de las funciones de la entidad.

A juicio de la Sala, allí radica la competencia que ejerció el INCOMEX a través de los actos demandados y el hecho de que los Decretos regulatorios del Sistema Especial de Intercambio Comercial hubieren sido derogados no afectaron dicha competencia para hacer efectiva una garantía ante el incumplimiento del exportador.

Y es que dicha competencia la ha tenido el INCOMEX desde la vigencia del Decreto Ley 539 de 1969 el cual la consagró en su Artículo 6 literal p), y la mantiene, tanto para los sistemas ordinarios, como para los especiales de intercambio comercial.

Por ello, si bien es cierto que el Artículo 9 del derogado Decreto 370 de 1984, consagró de manera expresa para el exportador a través de operaciones de trueque, cuando la exportación fuere la parte inicial de la operación, la obligación de constituir una garantía con el propósito de asegurar el reintegro de divisas a que hubiere lugar, la competencia para hacer efectiva dicha garantía, no la atribuyó este Decreto, sino que ya le había sido atribuida al Director del INCOMEX desde 1969, en el citado Decreto 539 Artículo 6 literal p), reiterada en el Decreto Ley 151 de 1976 y delegado su ejercicio al Subdirector de Operaciones de la citada entidad.

Además, habiéndose constituido la garantía de acuerdo con las normas vigentes al momento de acordar la operación de trueque, la garantía no podía ser invalidada por una norma posterior, sino que por el contratio, realizada la operación y vigente la garantía, ésta aseguraba el cumplimiento de las obligaciones surgidas para el asegurado, en el presente caso, el reintegro de divisas y correspondía al INCOMEX, hacerla efectiva, ante el incumplimiento de la obligación garantizada.

Lo anterior permite concluir que los actos demandados fueron expedidos por funcionarios competentes y por éste aspecto, no puede prosperar el recurso de apelación interpuesto.

2. **Falsa o Errónea Motivación**

Se plantea la falsa o errónea motivación de los actos demandados porque en ellos se invocan unas resoluciones que ya no estaban vigentes por haber sido derogadas las normas que las sustentaban.

Según el texto mismo de los actos demandados:

- Se invoca como fundamento legal de Decreto Ley 151 de 1976, el cual como quedó precisado en el numeral anterior, es el fundamento de la competencia ejercida y es correcta su invocación.

- No se hace referencia ni al Decreto 370 de 1984, ni al Decreto 3707 de 1985, (derogados por el Decreto 1459 de 1986).

-Se citan las resoluciones 1360 y 2241 de 1986 y 1916 de 1987, que obran en el expediente a folios 200 a 212 y las cuales regulan las siguientes materias:

Resolución 1360 de 1986: Delega en el Subdirector de Operaciones del INCOMEX la función de hacer efectivas las garantías en diferentes contratos y operaciones de comercio exterior: ésta resolución no fue derogada, ni expresa, ni tácitamente, toda vez que se trataba de una delegación interna que no se refería específicamente al sistema de trueque, pero inclusive en los casos de dicho sistema especial derogado, el INCOMEX tenía que seguir haciendo efectivas las garantías vigentes, en aquellos casos de incumplimiento de las obligaciones por parte de los exportadores; aceptar lo contrario llevaría a dejar unas garantías vigentes sin que se pudieran hacer efectivas, a pesar de que se presentara el incumplimiento de las obligaciones garantizadas.

Resolución 2241 de 1986: Los anteriores planteamientos son válidos para establecer la vigencia de ésta resolución, cuando se expidieron los actos demandados, si se tiene cuenta que simplemente modifica el Artículo 1 de la resolución 1360 de 1986, para disponer quien firme determinados actos administrativos, como Secretario Ad hoc del Incomex.

Resolución 1916 de 1987: Como su contenido es idéntico al de la anterior, son válidos los mismos argumentos para concluir que estaba vigente, al expedirse los actos demandados.

Otras Resoluciones: En el texto de los considerandos se citan las resoluciones 1197 de 1985, 3290 de 1985 y 1365 de 1986, todas proferidas por el Director del INCOMEX y en las cuales, se regulan algunos aspectos generales de las garantías en los Sistemas Especiales de Intercambio Comercial, y se dictan otras disposiciones sobre el plazo para el reintegro de divisas a que hubiere lugar en algunas operaciones de trueque.

Respecto a esta últimas resoluciones, la Sala comparte el planteamiento hecho por el INCOMEX, por el Tribunal y por la señora Procuradora Sexta Delegada, en el sentido de considerar que dichas normas, eran aplicables por la administración, a través de los actos demandados, toda vez que formaban parte del ordenamiento jurídico vigente cuando se celebró el contrato que dio origen a la operación especial de intercambio comercial por el sistema de trueque, al final de la cual surgió una diferen-

cia que implicaba la obligación de reintegrar unas divisas y ante su incumplimiento, el INCOMEX tenía la facultad de hacer efectiva la respectiva garantía.

El argumento de que el plazo no era para el reintegro de divisas, sino para que los exportadores modificaran sus registros, expuesto por la parte actora para alegar una errónea motivación no resulta válido, si se tiene en cuenta que la misma resolución demandada, en sus considerandos precisa que la fecha prevista como última para la demostración del cumplimiento de la operación de trueque fue el 30 de enero de 1986, fecha que en la garantía personal que se hace efectiva quedó establecida en su cláusula 3 en los siguientes términos: "CLAUSULA TERCERA: El término para acreditar la realización de las operaciones, será el comprendido entre Nov. 84-Abr. 5. Enero 86 vencido el cual sin que se esté ante una circunstancia de cancelación, la garantía se hará efectiva por parte del Instituto Colombia de Comercio Exterior".

De acuerdo con lo anterior, tampoco puede afirmarse que los actos demandados fueron proferidos con falsa, ni errónea motivación.

3. **Violación de los Artículos 26 28 de la Constitución de 1886.**

De acuerdo con lo precisado en los numerales anteriores, es claro para la Sala, que las decisiones administrativas objeto de la demanda que dió origen a este proceso, hacen efectiva una garantía, ante el incumplimiento parcial de una obligación.

Con respaldo en las normas que regulaban el sistema de trueque la actora celebró un "Contrato de SEIC" el cual en su cláusula 4 dispuso: "4. La firma MODAPIEL S.A., como responsable de la exportación, se compromete a interponer ante el INCOMEX una Garantía personal respaldando el reintegro de divisas provenientes de dicha exportación". Y en cumplimiento de la misma, otorgó una garantía personal que según ya se anotó, se haría efectiva por el INCOMEX si el 30 de enero de 1986 no se habían cumplido las obligaciones surgidas del citado contrato; la actora las cumplió parcialmente y el INCOMEX hizo efectiva la garantía en cuanto al incumplimiento parcial.

Se trata simplemente del ejercicio de la función que la Ley le asigna al INCOMEX de hacer efectivas las garantías que a su favor deben constituir los exportadores, para lo cual no existe un trámite especial, ya que éste tipo de obligaciones son exigibles, una vez que se cumpla el plazo de ejecución de la obligación garantizada, si ésta no se ha cumplido y sin que sea necesario un requerimiento previo.

Según lo expuesto no resulta válido, el argumento de ausencia de legalidad del hecho ilícito, y de la sanción, ni el relativo a la violación del derecho de defensa, porque además el contratista incumplido conocía su obligación de reintegrar las divisas a que hubiere lugar y sabía que si no lo hacía, le harían efectiva la respectiva garantía.

Además, la actora no tuvo oportunidad de cuestionar las decisiones de la administración, a través de los recursos propios de la vía gubernativa e inclusive solicitó la

pérdida de fuerza ejecutoria de dichas decisiones, sin que pueda por lo tanto afirmarse que se desconoció el derecho de defensa y la garantía del debido proceso.

Por todo lo anterior, se comparte el criterio del Tribunal *a-quo*, que negó las pretensiones de la demanda y el recurso de apelación interpuso por la actora no puede prosperar.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de diciembre de 1991.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate. Carmelo Martínez Conn. Alfredo Lewin, Conjuez.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

VIA GUBERNATIVA-Agotamiento/ARGUMENTO NUEVO

Con la exigencia de que para poder acudir a la jurisdicción contenciosa se debe agotar la vía gubernativa, se persigue garantizar que la Administración tenga la oportunidad de revisar las decisiones tomadas para que de estimarlo conducente, las revoque modifique o aclare, o en caso contrario las confirme. Como es un requisito sustancial, debe por lo tanto coincidir con lo solicitado en vía gubernativa con lo planteado ante el juez administrativo. Pero si bien se exige identidad en cuanto a los puntos planteados, dicha exigencia no puede extenderse a todos los aspectos del recurso, de forma tal que la demanda ante la jurisdicción contenciosa tenga que limitarse a reproducir los sostenido ante la entidad que profirió el acto acusado. O sea al demandante le está permitido para defender la misma pretensión, traiga a colación argumentos nuevos.

SANCION POR NO IDENTIFICAR /PRESCRIPCION.

El Artículo 19 de la Ley 9a. de 1983 en lo que respecta a sanciones distintas a la de inexactitud, permite a la Administración imponerlas en uno de dos actos: o bien en la liquidación de revisión, o bien mediante resolución independiente; pero en aquellos eventos en que la Administración opta por el segundo de los actos mencionados, la prescripción es, de dos años, de conformidad con el inciso 3o. del artículo 85 *ibídem*; pero en las ocasiones en que la Administración escoge imponer la sanción en la liquidación de revisión, el término para su prescripción corre paralelo al de ésta. Así las cosas, habiendo sido la sanción por no informar impuesta en la liquidación de revisión, el término de su prescripción queda sujeto a las suspensiones que hubiere sufrido el término para revisar.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta
Santafé de Bogotá D.C. Octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

REF. EXPEDIENTE No. 4143. ACTOR : EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS "ECOPETROL". AUTORIDADES NACIONALES. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS ''ECOPETROL" , contra sentencia del 19 de diciembre de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la cual se declaró inhibido para pronunciarse de fondo en torno a las pretensiones de la actora en razón a que ésta no había agotado debidamente la vía gubernativa.

ANTECEDENTES

El 15 de mayo de 1984 , ''ECOPETROL" presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá su liquidación privada de renta correspondiente al año 1983. En dicha liquidación determinó que el impuesto de renta a pagar por el año gravable en cuestión era de cero.

El 9 de diciembre de 1986, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá expidió la Liquidación de Revisión 1153, en la cual, sí bien no se modificó el monto del impuesto, se impusieron unas sanciones con base en los Artículos 59 del Decreto 3803 de 1982, 16 de Decreto 398 y 27 del Decreto 80 de 1984, por no suministrar "en su declaración tributaria identificación de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos en los términos exigidos por la Ley".

Contra esta liquidación interpuso la contribuyente recurso de reconsideración, solicitando la nulidad de la liquidación, y subsidiariamente , que se aplicará la sanción por falta de información sobre pagos, pasivos, créditos e ingresos no identificados. Este recurso le fue resuelto mediante el acto administrativo No. 125 d octubre de 1988, notificada el 8 de noviembre del mismo año. Por medio de esta resolución , la División de Recursos Tributarios e la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá modificó en forma parcial la sanción impuesta a la contribuyente por falta de información; esta modificación se hizo necesaria al haberse establecido la existencia de un error en la base de liquidación.

LA DEMANDA

En desacuerdo, "ECOPETROL" en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, inició demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitando la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se le impusieron sanciones fiscales para el año 1983. Como fundamento a sus peticiones, argumentó que de conformidad con el Artículo 85 de la Ley 9a. de 1983, la facultad que tenía la Administración para sancionarla había prescrito, puesto que había trans-

currido un término superior a dos años entre el momento en que se venció el plazo para adicionar la declaración de renta y la fecha en que expidió la liquidación oficial contentiva de la sanción. Como violadas citó las siguientes: Artículo 59 del Decreto Legislativo 3803 de 1982; Artículo 85 de la Ley 9a. de 1983, en concordancia con el Artículo 83 del C.P., y el ordinal 3o. del Artículo 57 de la Ley 52 de 1977.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en fallo proferido el 12 de marzo de 1992, se declaró inhibido para pronunciarse de fondo en el sub-lite. Para ello señaló que la prescripción de la facultad para sancionar, único argumento alegado por la contribuyente en su demanda, no había sido planteado en la vía gubernativa. Consideró que de conformidad con el Artículo 35 del C.C.A., se le había negado a la Administración la oportunidad de rectificar sus propios errores al traer ante la jurisdicción contenciosa hechos que no fueron controvertidos en el trámite gubernativo.

SALVAMENTOS DE VOTO

Dos magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca salvaron su voto, considerando para ello que la inhibición no era procedente, puesto que la prescripción de la facultad para sancionar no era más que un argumento nuevo.

LA APELACION

La contribuyente, por intermedio de apoderado judicial, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Para ello, sostiene que la jurisprudencia ha distinguido claramente entre lo que es un hecho nuevo y lo que es un argumento nuevo, posición que Alega igualmente, entrando a debatir el fondo de la litis, que la facultad de la Administración para sancionar había prescrito de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 85 de la Ley 9a. de 1983.

OPOSICION A LA APELACION

Sostiene la representante judicial de la entidad demandada que la sentencia d primera instancia debe ser confirmada. Afirma que la nulidad por prescripción de la sanción impuesta por parte de la Administración corresponde a una pretensión no aducida en la vía gubernativa. Sostiene que jurisprudencia y doctrinariamente se ha entendido que el Artículo 135 del C.C.A. no se refiere únicamente al agotamiento formal de la vía gubernativa, ésto es, a la interposición de los recursos procedentes, sino a que las pretensiones en el proceso ante la Administración sean las mismas perseguidas ante la jurisdicción contenciosa.

Con relación a la prescripción de la facultad para sancionar, sostiene que no se presentó, puesto que la sanción se impuso como consecuencia de una investigación adelantada por la Administración que culminó con la práctica de la liquidación de revisión, y de conformidad con el contenido del Artículo 19 del Decreto 3803 de 1982.

CONCEPTO FISCAL

El representante del Ministerio Público señala que el hecho de que no se hubiera alegado la prescripción en la vía gubernativa no constituye falta de agotamiento de ésta. Basa su concepto en sentencia proferida por esta Sala el 6 de agosto de 1991.

Con relación al fondo del asunto, sostiene que la prescripción sí se presentó , puesto que la sanción por no informar se debe encuadrar dentro de las ''demás sanciones'' a que se refiere en su inciso final el Artículo 85 de la Ley 9a. de 1983.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estableció el legislador en el Artículo 135 del C.C.A., vigente para la época, que para poder acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa en procura de la nulidad de un acto particular proferido por la Administración, se debe agotar previamente la vía gubernativa. Con esta exigencia se persigue garantizar que la Administración tenga la oportunidad de revisar las decisiones tomadas para que, de estimarlo conducente, las revoque, modifique, o aclare, i en caso contrario las confirme. No se trata, por lo tanto, de una exigencia meramente formal, que se llene simplemente con la interposición de unos recursos contra los actos de la Administración; se trata, además, de un requisito sustancial, debiendo por lo tanto coincidir lo solicitado en vía gubernativa con lo planteado ante el juez administrativo para que se entienda cumplido el contenido del Artículo 135 precitado.

Pero sí bien se exige identidad en cuanto los puntos planteados, dicha exigencia no puede extenderse a todos los aspectos del recurso, de forma tal que la demanda ante la jurisdicción contenciosa tenga que limitarse a reproducir lo sostenido ante la entidad que profirió el acto acusado. Por el contrario, es del todo posible que, echando mano de argumentos nuevos, el demandante persiga la nulidad de los actos administrativos en cuanto a los mismos puntos que sostuvo al interpone recursos en vía gubernativa. En otras palabras, al demandante le está permitido, que para defender la misma pretensión , traiga a colación argumentos nuevos.

A juicio de la Sala, y habida cuenta de las razones hasta aquí anotadas, no fue acertada la determinación del *a-quo* al declararse inhibido para pronunciarse de fondo en torno a las pretensiones de la actora con base en que ésta no había argumentado la prescripción de la facultad para sancionar como fundamento a sus pretensiones en la vía gubernativa. Ello por cuanto lo que pide la actora es lo mismo -la nulidad de los

actos administrativos por medio de los cuales se le sancionó por el año 1983-, tanto ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá -con la aclaración de que ante esta entidad solicitó la revocatoria de los actos y no su nulidad, como es lógico, como ante el juez administrativo.

En síntesis, la inhibición del *a-quo* no fue acertada, por cuanto la vía gubernativa sí había sido agotada en debida forma por la demandante.

Esclarecido lo anterior, debe entrar la Sala a estudiar el fondo del presente asunto, referido a la necesidad de establecer sí la facultad sancionadora de la Administración había prescrito para el momento en que fue expedida la Liquidación de Revisión 1153, acto a través del cual se le impuso la sanción a la actora.

Considera el representante judicial de "ECOPETROL" , que al haber transcurrido más de dos años entre la fecha en que se adicionó la declaración de renta de su poderdante y la fecha en que fue expedida la liquidación de revisión, la facultad de imponer la sanción de que trata el Artículo 39 del Decreto 3803 de 1982 había prescrito , de conformidad con el inciso final del Artículo 85 de la Ley 9a. de 1983.

Por su parte, la entidad demandada, al oponerse a la apelación, afirma que de conformidad con el Artículo 19 de la misma Ley, la sanción fue impuesta en tiempo, por cuanto se impuso en la liquidación de revisión.

Si bien es cierto, tal y como afirma la apelante, que el contenido de los Artículo 19 y 85 de la Ley 9a. de 1983 debe ser analizado en conjunto, no considera la Sala que la conclusión a la que llega como consecuencia de dicho análisis sea la acertada, dadas las razones que a continuación se explican.

El Artículo 19 precitado, en lo que respecta a sanciones distintas a la de inexactitud, permite a la Administración imponerlas en uno de dos actos: o bien en la liquidación de revisión, o bien mediante resolución independiente. Ya ha señalado la Sala en anteriores oportunidades, que en aquellos eventos en que la Administración opta por el segundo de los actos mencionados, la prescripción es, en efecto, de dos años, de conformidad con el inciso 3o. del Artículo 85; pero en las ocasiones en que Administración escoge imponer la sanción en la liquidación de revisión, el término para su prescripción corre paralelo al de ésta (Fallo de agosto 30 de 1991, Exp.3452).

Así las cosas, habiendo sido la sanción por no informar del Artículo 59, Decreto 3803 de 1982, impuesta en la liquidación de revisión, el término de su prescripción queda sujeto a las suspensiones que hubiere sufrido el término para revisar. Por lo tanto, al no haberse demostrado que el término que tuvo la Administración para realizar la liquidación oficial prescribió, tampoco puede tenerse por prescrita la facultad de la Administración para imponer sanciones.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de diciembre de 1991. En su lugar se dispone:

NIEGANSE las súplicas de la demanda conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección Salvó el Voto, *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

FALLO INHIBITORIO/VIA GUBERNATIVA - Agotamiento/**PUNTO NUEVO/ ARGUMENTO NUEVO** (Salvamento de voto).

A mi juicio la sentencia inhibitoria por no agotamiento de la vía gubernativa, ha debido confirmarse, porque ante la jurisdicción se cuestionó la decisión de la Administración de imponer unas sanciones a la actora, por no suministrar en su declaración tributaria la identificación de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos en los términos exigidos por la Ley y la demanda se fundamentó en que la facultad que tenía la Administración para sancionar a la sociedad contribuyente, había prescrito, hecho que no fue alegado ante la administración. Así las cosas tratándose de un hecho nueve, no de un simple argumento, acertó el a-quo al proferir sentencia inhibitoria en cuanto la Administración no tuvo oportunidad de pronunciase respecto de dicho hecho y por lo tanto no hubo agotamiento de la vía gubernativa.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D.C. Octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Ref.: Radicación 4143. Actor: Empresa Colombiana de Petroleos "ECOPETROL"

A mi juicio, la sentencia inhibitoria por no agotamiento de la vía gubernativa, que fue objeto de apelación, ha debido confirmarse.

Lo anterior, porque ante la jurisdicción se cuestionó la decisión de la Administración de imponer una sanciones a ECOPETROL, con base en los Artículos 59 del Decreto 3803 de 1982, 16 del Decreto 398 de 1983 y 27 del Decreto 80 de 1984 por no suministrar en su declaración tributaria identificación de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos en los términos exigidos por la Ley y la demanda se fundamentó en que la facultad que tenía la Administración para sancionar a la sociedad contribuyente, **había prescrito** , hecho que no fue alegado ante la Administración.

Así las cosas, tratándose de un hecho nuevo, no de un simple argumento, acertó el Tribunal a quo al proferir sentencia inhibitoria en cuanto la Administración no tuvo la oportunidad d pronunciarse respecto de dicho hecho y por lo tanto no hubo agotamiento de la vía gubernativa, porque la contribuyente al interponer los recursos administrativos no cumplió con ''la expresión concreta de los motivos de inconformidad'' tal como lo exige el Artículo 52 del Decreto 01 de 1984.

Como dicha exigencia no es puramente formal, de tal manera que pueda considerarse cumplida con la simple interposición de los recursos, sino que es sustancial en cuanto debe coincidir lo alegado ante la Administración con lo planteado ante la jurisdicción, no puede considerarse agotada la vía gubernativa.

CONSUELO SARRIA OLCOS

Fecha : Ut Supra

ARGUMENTO NUEVO / PUNTO NUEVO/ (Aclaración de Voto)

Si bien es cierto que ésta Corporación desde cuando la acción de impuestos era la de revisión de la Ley 167 de 1941, ya había aceptado la presentación de nuevos argumentos de derecho, pero en relación con los mismos hechos, posición que se ha reiterado bajo la vigencia del nuevo Código Contenciosos Administrativo, en el caso *sub-lite*, no se trata de nuevos argumentos jurídicos, porque lo que se pide es la nulidad de los actos administrativos que le causan agravio a Ecopetrol, sino de un hecho nuevo , que no fue alegado en la etapa administrativa.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN.

Referencia: Expediente No. 4143. ACTOR: EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS "ECOPETROL" C/ LA NACION.

Mi aclaración al voto dado a la sentencia anterior es en el sentido de que si bien es cierto, que ésta Corporación desde cuando la acción de impuestos era la de revisión de la Ley 167 de 1941, ya había aceptado la presentación de nuevos argumentos de derecho, pero en relación con los mismos hechos, posición que se ha reiterado bajo la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo, en el caso sub lite, no se trata de nuevos argumentos jurídicos, porque lo que se pide es la nulidad de los actos administrativos que le causan agravio a Ecopetrol, sino de un hecho nuevo, que no fué alegado en la etapa de discusión administrativa.

Sin embargo, comparto la parte resolutiva de la sentencia y por ello aclara mi voto.

Carmelo Martínez Conn

DEDUCCIONES -Requisitos/**DEUDA PERDIDA/ENCARGO FIDUCIARIO/ IMPUESTO SOBRE LA RENTA**

Las normas legales respectiva no contemplan particulares formas de comprobación sobre naturaleza de la deuda y su pérdida definitiva; es suficiente la demostración de que la misma "es real" y proviene de actividades productora de renta, esto es, que cumple los requisitos del Artículo 80 del Decreto 187 de 1975, y que existen razones para considerarla "actualmente " pedida con arreglo a sanas prácticas mercantiles; la insolvencia del deudor o su garantes, o la inexistencia de garantías reales, que menciona el Artículo 80 dicho, son motivos de los que se deduce la deuda como "ma nifiestamente perdida o sin valor". Como el "encargo fiduciario" demostrado es una modalidad de captación y colocación de recursos financieros , constitutiva de crédito activo para el comitente y de deuda para el fiduciario, las objeciones referentes a la naturaleza de "inversión" carece de fundamento.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta Santafé de Bogotá, D.C. Octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Ref.: Radicación 4146. Apelación sentencia de 19 de diciembre de 1991 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta por el año de 1983. Actor: TIA LTDA. FALLO.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad TIA LTDA., la actora, contra sentencia inhibitoria de 19 de diciembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restableci-

miento contra los actos de discusión y determinación del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1983, a saber: la liquidación del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1983, a saber: la liquidación oficial de revisión No. 560 de 24 de julio de 1986 y la resolución No. A-000147 de 7 de mayo de 1988, expedidas por las Unidades de Liquidación y Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES

Mediante el requerimiento especial No. 477 de 15 de abril de 1986, la Administración anunció rechazo de la suma de $38.000.000 como deducción, porque de conformidad con lo establecido por los Artículos 79 y 80 del Decreto 187 de 1975 no tiene el carácter de deuda manifiestamente perdida.

La sociedad actora contestó el requerimiento, pero sus explicaciones en concepto de la Administración no comprueban la calidad de "deuda perdida".

La Administración practicó la Liquidación de Revisión No. 560 de 24 de julio de 1986, rechazando la suma de $38.000.000 por no estar comprobada su calidad de deuda perdida, y determinando el impuesto de renta por el período impositivo de 1983 en la suma de $11.302.792.

La sociedad actora interpuso oportunamente recurso de reconsideración mediante el memorial presentado el 23 de septiembre de 1986, y la Administración lo dicidió mediante la resolución No. A-000147 de 7 de mayo de 1988 confirmando la liquidación de revisión, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Las normas violadas y el concepto de violación planteados por la actora se pueden sintetizar así:

1. Artículo 61 del Decreto 2053 de 1974 y sus Reglamentarios Artículos 79 y 80 del Decreto 187 de 1975.

El Artículo 61 del Decreto 2053 de 1974 consagra la deducción para los contribuyentes que llevan la contabilidad por el sistema de causación de las deudas manifiestamente perdidas o sin valor que se hayan descargado durante el año o período gravable.

La administración desconoció el derecho de la contribuyente a la deducción de la deuda manifiestamente perdida por $38.000.000 a cargo del Banco Nacional, solicitando requisitos no contemplados en las normas legales.

A la sociedad contribuyente le bastaba para la procedencia de la deducción, acreditar la existencia de razones para considerar la deuda como manifiestamente perdida.

2. Artículos 16-24 y 21 del Decreto 80 de 1984.

La declaración de la contribuyente está firmada por con tador público, y tal firma de acuerdo con el literal b) del artículo21 del decreto 80 de 1984, reemplaza los requisitos exigidos por el literal a) del numeral 24 del artículo 16 del decreto 80 de 1984.

3. Artículo 31 de la ley 52 de 1977.

La Administración, al desconocer la deducción consagrada en las disposiciones legales, está violando el Artículo 31 de la Ley 52 de 1977, referente a que los funcionarios públicos deben siempre tener por norma en el ejercicio de sus actividades que la aplicación de las leyes está presidida por un espíritu de justicia y que al contribuyente no se le puede exigir más de aquello que la ley exige.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo, porque la actora ejerció la acción de"Revisión de Impuestos", inexistente a partir de la vigencia del Decreto 01 de 1984, el cual en su Artículo 85 consagró la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para quien pretende que se le modifique una obligación fiscal.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte actora alega que aunque no se utilizó el término de nulidad, **sí se pidió el restablecimiento del derecho** cuando en el capítulo de las peticiones de la demanda se solicitó, expresamente, que éste se restableciera al revisar la operación administrativa por el procedimiento consagrado en el Decreto Ley No. 1 de 1984.

Anota que la calificación que el actor otorgue a la acción no puede constituír requisito de admisión de la demanda ya que sería un formalismo inaceptable denegarla porque el actor no invocó dos pretensiones simultáneamente ya que una de ellas estaba implícita en la pretensión de restablecimiento e igualmente inaceptable sería que admitida la demanda se denegara su estudio de fondo por las mismas razones.

El apelante cita la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre "la teoría de los motivos y finalidades" de 1961, con ponencia del Doctor Carlos Gustavo Arrieta y de 26 de abril de 1986.

ALEGATOS DE CONCLUSION DE LA ENTIDAD DEMANDADA

El apoderado de la entidad demandada se opuso a la prosperidad del recurso de apelación, argumentando que:

-La acción de revisión de impuestos desapareció del ordenamiento jurídico al entrar en vigencia el Decreto 01 de 1984.

- No obstante que el apoderado de la actora hace referencia al restablecimiento del derecho, tal referencia no se puede entender en el sentido de que al solicitar la nulidad del acto administrativo surge el restablecimiento del derecho aunque no se haya impetrado la acción de restablecimiento, y a la inversa, si el actor solicita el restablecimiento del derecho sin referirse a la acción de nulidad. Si se trata de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho "...necesariamente debe declararse la primera, en forma parcial o total, para posteriormente, y como consecuencia de la anterior, se restablezca el derecho particularmente lesionado". (folio 91).

-El poder que la actora entregó al señor apoderado indica claramente que se confiere para inicial y llevar a término la "acción contenciosa de revisión" de la operación administrativa de la liquidación oficial del impuesto sobre la renta.

-La iniciativa en la demanda con respecto a la acción, corresponde al actor, y el juez no puede corregir este aspecto. Citó la providencia del Consejo de Estado de 5 de octubre de 1990, Expediente 2788, Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martinez Conn.

En relación con los argumentos de fondo planteados en la demanda, si llegaran a ser considerados por el Consejo de Estado, manifiesta que fué lícito el rechazo de la deducción por concepto de "deudas manifiestamente perdidas o sin valor", porque no se presentaba la característica de "manifiesta" de la alegada deuda perdida: ".....el deudor se encontraba en proceso liquidatorio, y en tal circunstancia cabía la posibilidad de recuperación total o parcial de la suma adeudada. (folio 92).

-Finalmente indicó que la deducción era improcedente por no haberse demostrado el cumplimiento de lo ordenado en el Artículo 80-3 del Decreto Reglamentario 187 de 1975.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La pretensión en el sentido de que, "por el procedimiento consagrado en las disposiciones del Decreto Ley No. 1 de 1984 (....), se revise la operación administrativa (....) para el restablecimiento del derecho de la contribuyente afectada con las actuaciones administrativas (...) (y) como consecuencia (...), se determine el impuesto real a pagar (...) (y) se practique una liquidación oficial modificada", a que se

contraen diversos apartes de la demanda y el poder, es suficientemente explícita para establecer que la acción ejercida es la de nulidad y restablecimiento del derecho a que se refiere el Artículo 85 del Decreto 01 de 1984 razón para establecer que la acción ejercida es la de nulidad y restablecimiento del derecho a que se refiere el Artículo 85 del Decreto 01 de 1984, razón por la cual es inaceptable la decisión inhibitoria del a-quo.

Respecto de la cuestión de fondo, se tiene:

Según constancia del agente especial del Superintendente Bancario el Banco Nacional (agosto 25 de 1986) y del Banco Internacional de Colombia (septiembre 16 de 1986) (folios 32-36, primer cuaderno de antecedentes), la "deuda manifiestamente perdida", objeto de rechazo en controversia, estaba representada por "encargos fiduciarios" de la demandante al primero de los citados entes, que éste le canceló entregándole, por el importe de los mismos, un cheque de gerencia (# 1395159, junio 23 de 1982, $38.000.000) que la beneficiaria consignó, el mismo día, en su cuenta corriente del aludido Banco Internacional de Colombia.

Este, a su vez, lo sometió a canje interbancario para su cobro, pero el Banco de la República se abstuvo de tramitar el canje, intentó efectuarlo, junto con otros cheques, por fuera de cámara de compensación (directamente) con el Banco Nacional, el cual se limitó a girar un nuevo cheque de gerencia por el total, que se rechazó, por ser ya de público conocimiento que el Banco Nacional carecía de fondos para atender el pago; exigió entonces al agente especial de la Superintendencia, la devolución del cheque de la demandante, petición denegada, indicándosele que debía hacerse presente en la liquidación del intervenido (oficio # 454519, noviembre 30 de 1982), lo que hizo el mismo día, habiéndose incluído su reclamación por el cheque en cuestión en la lista general de acreedores (resolución # 0777, febrero 28 de 1983) y reconociéndosele después como "acreedor por cheques de gerencia" (resolución # 4334, septiembre 30 de 1983).

Posteriormente, la Superintendencia señaló los bienes que formaban parte de la liquidación y dispuso remitir al juez competente los documentos del caso, para que se determinara el orden de pago de los créditos, incorporándose el citado cheque en el ítem, "cheques de gerencia producto del canje interbancario" (resolución # 5589, noviembre 7 de 1984, inclusión que la Superintendencia ratificó más adelante (resolución # 0185 de 1986).

Finalmente, el Banco Internacional de Colombia, con fecha 13 de junio de 1985, transó sus intereses con la demandante por $10.000.000, anotando que, después de cuatro años, el Banco Nacional solo ha pagado parte de los créditos que no hacen parte de la masa de liquidación, siendo "perfectamente válido y real considerar que el crédito a favor de TIA, LTDA., (...), cuya cobranza ha venido intentando el Banco Internacional de Colombia, en virtud del mandato para el cobro que implica el canje, constituye en este momento crédito de imposible recuperación...." (constancia citada, septiembre 16 de 1986).

Puesto que la Administración no solamente no objeta la autenticidad de las constancias anteriormente extractadas, sino que base en las mismas diferencias aspectos de su decisión en la vía gubernativa, debe concedérseles el mérito que se les atribuye en la Ley (Artículos 252, inciso último, y 278, Código de Procedimiento Civil).

Ahora bien, el requerimiento especial fundamentó el rechazo discutido en la circunstancia de que la deducción no satisfaciera las exigencias de los Artículo 79 y 80 del Decreto 187 de 1975, porque la "deuda" no correspondía a créditos a favor, sino a un depósito a término en el Banco Nacional, "inversión en expectativa", por encontrarse éste en liquidación, y reconocida "como pasivo de la Superbancaria" (sic) que debía ser pagada con la masa de liquidación, argumentos que se repiten en la liquidación oficial y la resolución del recurso gubernativo, pero añadiéndose en ésta, la inexistencia en el proceso del contrato de transacción, que habría impedido tasar la recuperación real de la deuda perdida y la parte de la misma manifiestamente sin valor, y la ausencia, en la declaración del período, de las copias de los asientos contables certificadas por contador público o revisor fiscal, referentes a la contabilización del crédito, conforme a los Artículos 80, numeral 3, del Decreto 187 de 1975 y 16, numeral 15, literal a), del Decreto 80 de 1984.

Con todo, como lo sostiene la demandante, ni el Artículo 61 del Decreto 2053 de 1974 o el 79 del Decreto 187 de 1975, contemplan particulares formas de comprobación sobre la naturaleza de la deuda y su pérdida definitiva; es suficiente la demostración de que la misma "es real" y proviene de actividades productoras de renta, esto es, que cumple los requisitos del Artículo 80 del citado Decreto 187 de 1975, y que existen razones para considerarla "actualmente" perdida, con arreglo a sanas prácticas mercantiles; la insolvencia del deudor o su garantes, o la inexistencia de garantías reales, que menciona el Artículo 80 dicho, son motivos de los que se deduce la deuda como "manifiestamente perdida o sin valor".

De otro lado, ya que el "encargo fiduciario" demostrado es una modalidad de captación y colocación de recursos financieros, constitutiva de crédito activo para el comitente y de deuda para el fiduciario, las objeciones de la demandada, referentes a la naturaleza de la "inversión", carecen de fundamento.

Tampoco es exacto, según lo da a entender la demandada en su alegato de conclusión, que la situación de la deuda, a la conclusión del período impositivo de 1983, el controvertido, debiera estar definitivamente consolidada, al extremo de encontrarse irremisible y totalmente perdida, pues ya se dijo que basta la formulación de simples razonamientos lógicos que, "actualmente" permitan concluirlo así, sin que se requiera probar el hecho concluyente de lo absolutamente incobrable; confirman lo anterior, las previsiones del Artículo 82 del Decreto 2053 de 1974, sobre la imputación, a renta líquida, de las cantidades dinerarias correspondientes a la recuperación total o parcial de la deuda, "cuya deducción se hubiere obtenido por considerarla

manifiestamente perdida o sin valor", que es el medio legal para el que la Administración se precave de hipótesis o consideraciones del contribuyente, que acontecimientos posteriores demuestren no fundadas.

Dado que, de acuerdo con lo acreditado en el proceso, para cuando expiró el año gravable de 1983, después de numerosas gestiones para obtener el pago de la deuda, esta apenas si aparecía en un listado de "acreedores por cheques de gerencia", sin mayores expectativas de recuperación frente a un deudor de restringida o nula solvencia, situación que preexistía en 1986, razonablemente cabía entender el crédito como manifiestamente sin valor. De hecho, la transacción que del mismo se efectuó en 1985, según la constancia del Banco Internacional de Colombia, y cuyo importe declaró la demandante en este ejercicio entre sus ingresos líquidos, demuestra que, al menos respecto de la mayor parte de la deuda, la estimación sobre la carencia de valor de la deuda fue acertada.

Por último, ya que la declaración de renta del ejercicio controvertido venía firmada por contador público, no se consideran válidas las afirmaciones de la demandada concernientes a la presunta infracción de normas relativas a la prueba de la contabilización de la deuda (Artículo 21, letra b), Decreto 80 de 1984).

En conclusión, el recurso de actora está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de Ley,

FALLA

Revócase la sentencia apelada.

En su lugar, anúlanse la liquidación de revisión # 560 de 24 de julio de 1986 y la resolución # 0147 de 27 de mayo de 1988, por las cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá determinó el impuesto de renta y complementarios a cargo de la sociedad TIA LIMITADA, NIT. 60.002.231, por el año gravable de 1983, y decidió el recurso interpuesto por ésta.

Como consecuencia, declárase firme la liquidación privada presentada por la citada sociedad para dicho año.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn*.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

DEMANDA -Interpretación/**DEMANDA** -Requisitos/**INDIVIDUALIZACION DEL ACTO/PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**

Es evidente que la actora pretendía la nulidad de todas las decisiones relativas a la no expedición de los CERT, las cuales individualizó correctamente en el petitum de la demanda.. Al respecto se ha afirmado que no puede el juzgador llevado por un rigorismo formal, declarar incorrecta o incompleta la formulación de las pretensiones, si interpretada en conjunto la demanda, se puede identificar sin duda, cual es el propósito del accionante. Más aún cuando se impone al juez el deber de garantizar la prevalencia del derecho sustantivo.

CERT -Entrega/**EXPORTACION/BANCO DE LA REPUBLICA** -Funciones/ **SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS** -Funciones

Acreditados los requisitos exigidos por la Ley para expedir los CERT, y a falta de las condiciones previstas en el Decreto 636 de 1984, pero ante la duda sobre la efectividad o legalidad de las exportaciones, la demandada ha debido dirigirse a las autoridades competentes, en este caso las de la Superintendencia de Control de Cambios, con el fin de que realizaran la investigación pertinente. Entre tanto suspender la entrega de los CERT, hasta que se hubiera producido el resultado. No procedió en dicha forma el Banco de la República, sino que, por sí y ante sí, con clara pretermisión del procedimiento antes descrito, realizó algunas consultas sobre precios de las mercancías exportadas y con base en ellas concluyó que la exportación era irregular, motivo por el cual dicha actuación deberá ser anulada, ordenándose se entreguen al demandante los CERT solicitados.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta
Santafé de Bogotá, D.C. treinta de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahin lizcano.*

Ref.: Expediente No. 4236. Actora: Sociedad "Confecciones Jilbran Ltda." C/ Banco de la República. Apelación contra la sentencia de marzo 31 de 1992 del Tribunal Administrativo del Magdalena, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho. FALLO.

Viene a la Sala del proceso de la referencia, para decidir la apelación incoada contra la sentencia proferida el 31 de marzo de 1992 por el Tribunal Administrativo del Magdalena en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra los actos administrativos contenidos en las comunicaciones No. 96, dirigida al Gerente del Banco del Estado de Santa Marta; No. 94 dirigida al Gerente del Banco Ganadero; la No. 95 dirigida al Gerente del Banco Comercial Antioqueño, todas de junio 22 de 1990, así como las que negaron los recursos de reposición y apelación interpuestas y que corresponden respectivamente a las comunicaciones 188, 189 y 190 de 15 de noviembre de 1990; las comunicaciones 040, 039, 041 de enero 20 de 1990.

1. ANTECEDENTES

1.1 La demanda.

Previo el agotamiento de la vía gubernativa, la actora acudió ante la jurisdicción para que mediante el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se aclare que son nulas las comunicaciones citadas en el acápite precedente así como los recursos de reposición y apelación que como consecuencia de lo anterior, se ordene al Banco de la República la expedición de los CERT, por un valor total de $39.291.744.43.

Normas violadas y concepto de la violación.

a. Artículo 26 Constitución Nacional de 1886.

El Banco de la República al determinar la no entrega de los CERT, se fundó en el hecho según el cual, el precio relacionado y debidamente aprobado por el Incomex, no corresponde a los precios internacionales, actuando así, fuera de su competencia y aplicando un procedimiento que no se encuentra establecido en disposición legal alguna.

b. Artículo 240 del Código Penal en concordancia con el 67 Código de Procedimiento Civil por cuanto el Banco coloca a la actora, como violadora de la Ley penal, por exportación ficticia.

c. Ley 48 de 1983

Los CERT, fueron creados para promover las exportaciones y por mandato constitucional corresponde al Presidente de la República reglamentar estas disposiciones y contratar con el Banco de la República la expedición de los mismos, al negar el Banco la expedición de los certificados, está violando estos mandatos legales.

d. Artículo 11 y 16 del Decreto 636 de 1984.

El primero por cuanto la contribuyente cumplió con los requisitos para la entrega de los CERT, y el Banco no lo hizo sin que mediara investigación penal o administrativa en contra de la actora.

El segundo por cuanto atribuye el Instituto Colombiano de Comercio Exterior y no al Banco de la República la aprobación de los registros de exportación facultad que se apropia la demandada, violando así la norma citada.

e. Decreto 1533 de 1984.

Porque asigna la determinación de la legalidad de las exportaciones a la Aduana y no a la demandada.

Finalmente agrega que el Banco, violó el contrato con el gobierno, al negarse expedir los CERT en favor de la demandante.

1.2 Contestación de la demanda.

Se opone la demandada de manera absoluta a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se sintetizan:

- El Decreto 636 de 1984 atribuye facultades al Banco para cerciorarse que las exportaciones sobre las cuales se solicitan los CERT, hayan sido legal y efectivamente realizadas.

- Con fundamento en lo previsto en el Artículo 80 del Código Contencioso Administrativo y en el régimen probatorio del Código de Procedimiento Civil se adelantó investigación administrativa, solicitando a Proexpo verificar el precio de las exportaciones en la República de Pánamá y a su vez ordenó una diligencia de exhibición de muestras de los bienes exportados, a lo cual se negó la actora, aduciendo que correspondía al Banco demostrar la falta de correspondencia en los valores de los bancos.

2. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

El Tribunal se declara inhibido para fallar por ineptitud formal de la demanda con base en los argumentos que seguidamente se resumen:

- La demanda no involucra las decisiones por medio de los cuales se desataron los recursos de la vía gubernativa, lo único que hace es mencionar las comunicaciones anotadas pero no extiende a ellas la petición de nulidad.

-El acto administrativo, junto con los recursos de la vía gubernativa constituye una unidad jurídica, o acto complejo, lo que exige la incorporación de todos en la demanda de nulidad. De proceder a anular únicamente las comunicaciones iniciales, quedarían vigentes y revestidos del privilegio de ejecutoriedad, los actos no comprendidos en la impugnación.

3. LA APELACION.

Solicita la actora, se revoque la sentencia inhibitoria y a su vez que se acceda a las pretensiones de la demanda, con base en las razones siguientes:

-La doctrina procesal moderna propende por eliminar las providencias inhibitorias; con este propósito, corresponde al juez estudiar todo el contexto de la demanda.

-Tanto en la demanda como en el memorial de complementación de la misma se indican los actos acusados y entre ellos, los que resuelven los recursos.

-Con el campo de la demanda se allegaron las copias de los actos que decidieron los recursos de la vía gubernativa.

-Por último, para el recurrente, no es esta la oportunidad para corregir aparentes defectos de la demanda, pues tal imperfección ha debido advertirse en la oportunidad procesal establecida en el Artículo 143 del Código Contencioso Administrativo.

4. ALEGATOS FINALES.

4.1 De la Actora.

Insiste en solicitar se revoque el fallo de primera instancia y en su defecto se decida de fondo en relación con las pretensiones de la demanda, argumentando que el a-quo, ha debido al inicio de proceso aplicar el Artículo 143 ibídem, el cual ordena no admitir la demanda cuando carece de los requisitos y formalidades exigidos.

De otra parte, el Banco de la República al negar la expedición de los CERT, quebrantó el Artículo 84 de la Carta Política, al exigir los requisitos que ha se habían acreditado ante este encargado para estos efectos, como es el INCOMEX.

4.2 De la Demanda.

Solicita la confirmación del fallo apelado con base en los fundamentos que a continuación se resumen:

- Las pretensiones son actos de postulación que dependen de la voluntad del demandante y por lo mismo no puede el juez pronunciarse en relación con ellos al evaluar los requisitos formales de la demanda.

-No comparte la tesis del demandante según la cual el juez de primera instancia ha debido inadmitirla por falta de requisitos formales, pues dejaría en manos el juez adecuarla a los hechos de interpretar el querer del demandante.

-El Banco de la República tiene expresas facultades legales para verificar y realizar las diligencias necesarias para cerciorarse que las exportaciones con fundamento en los cuales se solicita un CERT, hayan sido legal y efectivamente realizadas.

4.3 Alegato del Ministerio Público.

Para la doctora Ana Margarita Olaya de Obando, la sentencia apelada debe ser revocada, pues considera que en el petitum de la demanda aparece expresa la solicitud de nulidad de todos los actos relativos a la negativa de expedición de los CERT, y que para este efecto, la actora los identifica por su fecha, número y contenido de la decisión.

Manifiesta que tanto la Ley como la jurisprudencia han sido reiterativos en condenar los fallos inhibitorios, cuando después de un proceso, se han allegado los medios probatorios para demostrar los hechos que se alegan. No se puede utilizar un criterio exegético y restringido sobre los términos utilizados por la demandada para afirmar que no fueron demandados los actos que desataron la vía gubernativa.

Además debe tenerse en cuenta, que con la demanda se acompañaron todas las comunicaciones relacionadas con los recursos y por lo mismo no puede entenderse que esta gestión persigue identificar los actos y no la petición de nulidad de los mismos.

Además debe tenerse en cuenta, que con la demanda se acompañaron todas las comunicaciones relacionadas con los recursos y por lo mismo no puede entenderse que esta gestión persigue identificar los actos y no la petición de nulidad de los mismos.

En relación con los aspectos de fondo y tomando en cuenta que se pide la revocatoria de la sentencia, el Ministerio Público se expresa en el siguiente sentido:

-La Ley 48 de 1983, creó los CERT, y dispuso que mediante contrato con el Banco de la República los entregaría a los exportadores, en las condiciones previstas por la Ley y en los Decretos que la desarrollan.

-A su vez el Decreto 636 de 1984 en su Artículo 11 previó los requisitos y pruebas que deben acreditar los exportadores para que el Banco cumpla con la obligación de expedirlos y entregarlos a los beneficiarios, sin que tenga facultad sancionatoria al respecto, razón por la cual sólo puede negarse a la solicitud de expe-

dición de los CERT, cuando el exportador deje de cumplir con cualquiera de los requisitos a que se refiere la norma citada.

En el caso bajo examen el exportador cumplió con los requisitos de Ley, y en el momento de su solicitud no cursaba investigación administrativa o penal en su contra, razón suficiente para afirmar que el Banco de la República a través del Secretario de la Sucursal de Santa Marta, obró sin competencia, violando así, las previsiones del contenido en el Decreto 636 de 1984.

CONSIDERACIONES

Para la Sala el problema jurídico plantea dos cuestiones importantes, la segunda como consecuencia de la primera, y conforme se enuncia a continuación:

a) Si, es o nó correcta la decisión del Tribunal, al declararse inhibido para pronunciarse de fondo con relación con las pretensiones de la demanda, y;

b) En caso de revocarse el fallo del *a-quo*, determinar si obró bien la entidad demandada al negar la expedición y entrega de los CERT, solicitados.

Corresponde en primer lugar, establecer, si como lo señala el Tribunal, la demanda no cumplió con los requisitos de forma en la enunciación de las pretensiones de la demanda, o si por el contrario, como lo afirma la actora, sí cumplió con las exigencias de Ley.

En el proceso contencioso administrativo, la demanda como actividad inicial y a cargo del interesado debe cumplir con ciertas exigencias tanto adjetivas como de fondo, ya que ella es el instrumento para ejercitar la acción, expresar las pretensiones y como consecuencia de éstas, establecer el marco jurídico orientador del proceso y del fallo.

Examinado el libelo contentivo de la demanda, se observa en el acápite dos, un título en letras mayúsculas que dice: "LO QUE SE DEMANDA", el cual desagregado en los items 2.1.1., 2.1.2., 2.1.3., enuncia las comunicaciones iniciales y las que resolvieron en cada caso los recursos de reposición y apelación, identificándolas por el número, fecha y contenido de la decisión, (ver folios 3 y 4 cuaderno principal).

De otra parte con los anexos de la demanda, se allegaron copias auténticas de todas las comunicaciones alusivas a la decisión del Banco en relación con los CERT solicitados por la demandante.

Para la Sala es evidente, que la actora pretendía la nulidad de todas las decisiones relativas a la no expedición de los CERT, las cuales individualizó correctamente en el petitum de la demanda. Al respecto la Corporación ha sido reiterativa en afir-

mar que no puede el juzgador llevado por un rigorismo formal, declarar incorrecta o incompleta la formulación de las pretensiones, si interpretada en conjunto la demanda, se puede identificar sin duda, cual es el propósito del accionante. Más aún cuando se impone al juez el deber de garantizar la prevalencia del derecho sustantivo.

Como consecuencia de lo brevemente expuesto, concluye la Sala, que debe revocarse la decisión inhibitoria del Tribunal y entrar a estudiar, las pretensiones de la demanda, para resolver de manera definitiva la cuestión:

Analizados en conjunto, los enunciados de la demanda, de la apelación, así como la manifestación de la delegada del Ministerio Público, la cuestión se reduce a establecer si el Banco obró con sujeción a la Ley que regula esta función cuando negó la expedición de los CERT solicitados y como consecuencia de ello, si violó o nó, las normas acusadas.

Por medio de la Ley 14 de 1983, se expidieron las reglas a los cuales debe sujetarse el gobierno para regular los aspectos del comercio exterior colombiano, se previó en el Artículo 2, la creación de los Certificados de Reembolso Tributario, CERT, en reemplazó de los antiguos Certificados de Abono Tributario, CAT, y se dispuso en el inciso segùndo la expedición y entrega de éstos instrumentos a los exportadores en las condiciones de esta Ley y Decretos que la desarrollen, mediante contrato entre el Gobierno y el Banco de la República.

A su vez en el Artículo 4, parágrafo, ibídem, se confió el Gobierno Nacional la facultad de establecer los requisitos para la expedición de los CERT. Facultad que se concretó en la expedición del Decreto 636 de marzo de 1984 "Por medio del cual se reglamenta el Certificado de Reembolso Tributario, CERT, y se dictan otras disposiciones relacionadas con las exportaciones", estatuto que en su Artículo 11, consagró los requisitos que deben acreditar los exportadores ante el Banco de la República, para que este deba expedir y entregar los CERT.

Decreto 636 de 1984, Artículo 11.

"Artículo 11. De los requisitos. El Banco de la República expedirá y entregará los Certificados de Reembolso Tributario una vez se hayan cumplido los siguientes requisitos:

a) Que se hayan reintegrado el Banco de la República las divisas correspondientes;

b) Que la Dirección General de Aduanas haya entregado al Departamento de Fiduciaria y Valores del Banco de la República la copia del formulario único de exportación que esa dependencia expide;

c) Que no curse investigación administrativa o penal alguna relacionada con la autenticidad o legalidad de las respectivas exportaciones;

d) Que la solicitud de entrega de los certificados de Reembolso Tributario se presenta dentro de un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha del respectivo reintegro de divisas.

"**Parágrafo 1o.**- Antes del vencimiento del término señalado en el literal d) el Banco de la República podrá prorrogarlo hasta por un plazo adicional de seis (6) meses. A tal efecto, el interesado deberá presentar una solicitud debidamente sustentada.

"**Parágrafo 2o.**- Para los fines previstos en este Artículo en el Banco de la República podrá exigir, según el caso, los siguientes documentos adicionales: guía aérea o marítima refrendada por la empresa transportadora; conocimiento de embarque; planilla única del Instituto Nacional de Transporte -INTRA- refrendada por autoridad aduanera en la frontera; factura comercial; certificación y factura del proveedor; certificación sobre dirección del proveedor y del destinatario de la mercancía; constancia de recibo del importador de la mercancía; registro de la Cámara de Comercio."

En concordancia con el precepto citado, el Artículo 18 ibídem, prevé la pérdida del derecho a la entrega del Certificado de Reembolso Tributario, sanción que conforme a el literal b), en concordancia con el inciso primer, de este Artículo, corresponde decretarla al Gerente de Banco de la República, mediante resolución debidamente motivada y **previó pronunciamiento de la Superintendencia de Control de Cambios o de la autoridad jurisdiccional competente**.

Examinado el expediente, a folio 140 se observa una fotocopia no auténtica, suscrita por la Jefe Seccional de la Superintendencia de Control de Cambios de Barranquilla, en la que se comunica al Gerente del Banco de la República en Santa Marta, que con fecha **abril 3 de 1991** se procedió a abrir investigación administrativa a la firma Confecciones Jilbran Ltda., diligencia que cotejaba con la fecha de expedición de las primeras comunicaciones denegadoras de los CERT, que corresponden a julio 22 de 1990, llevan necesariamente a concluir, que el Banco de la República obró en forma apresurada y sin contar con los debidos elementos de juicio, aportados por las entidades competentes, al negar la entrega de los CERT, pues al tenor de las normas citadas, hacía falta el previo pronunciamiento de la Superintendencia de Control de Cambios o de la autoridad jurisdiccional correspondiente.

A juicio de la Sala, acreditados los requisitos exigidos por la Ley para expedir los CERT, y a falta de las condiciones previstas en el Artículo 18 Decreto 636 de 1984, pero ante la duda sobre la efectividad o legalidad de las exportaciones, la demandada ha debido dirigirse a las autoridades competentes, en este caso, las de la Superintendencia de Control de Cambios, con el fin de que realizaran la investigación pertinente. Entre tanto, suspender la entrega de los CERT, hasta que se hubiera producido el resultado que permitiera llegar a contar con la totalidad de los elementos de juicio requeridos para negar o para autorizar la entrega de los CERT.

No procedió en dicha forma el Banco de la República, sino que, por sí y ante sí, con clara pretermisión del procedimiento antes descrito, realizó algunas consultas sobre precios de las mercancías exportadas y con base en ellas concluyó que la exportación era irregular y le negó el derecho a los CERT, motivo por el cual dicha actuación deberá ser anulada, ordenándose que a título de restablecimiento del derecho se entreguen al demandante los CERT solicitados, sin perjuicio de los resultados que arroje la investigación que adelanta la Superintendencia de Control de Cambios respecto de la posible infracción cambiaria.

En cuanto a la petición de indemnización de perjuicios a una tasa del 5% mensual sobre el monto de los CERT, desde el momento en que se hicieron exigibles, no ha de accederse, pues no existen en el expediente elementos de juicio para declararlos, mucho menos cuando el demandante omitió allegar la prueba relativa a la rata de los intereses tanto comerciales como de mora, expedida por autoridad competente y vigente al momento de presentación de la demanda.

Con fundamento en lo antes expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. REVOCASE, el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena con fecha 31 de marzo de 1992, en el proceso radicado bajo el número 2885.

2. DECRETASE la nulidad de las comunicaciones Nos. 94, 95 y 96 de junio 22 de 1990; Nos. 188, 189, 190 de noviembre 15 de 1990 y Nos. 039, 040 y 041 de enero 28 de 1991, por medio de las cuales denegó la solicitud inicial de expedición de los CERT y se resolvieron negativamente los recursos de reposición y apelación.

3. ORDENASE, al Banco de la República Sucursal Santa Marta, la expedición de los Certificados de Abono Tributario solicitados por la actora, a los que se refieren los actos Administrativos anulados.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente Providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn*.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

SUPERINTENDENCIA BANCARIA -Atribuciones

Del Artículo 4.1.1.0.3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se infieren objetivamente como funciones de la Superintendencia Bancaria: Instruir, fijar criterios técnicos y jurídicos y señalar procedimientos, entendiéndose por instruir, "enseñar", comunicar sistemáticamente ideas; por fijar criterios, como la facultad de procurar elementos de juicio, pautas de discernimiento, principios, que comporten una más fácil y cumplida ejecución de las normas y por señalar procedimientos, como prescribir los métodos como han de aplicarse las normas destinadas a las instituciones que debe vigilar. Entonces, la Superintendencia en el cumplimiento de los preceptos cuya observancia cabal debe vigilar, limitándose a dotar de los medios y recursos a los destinatarios de las normas para la observancia y aplicación de las mismas.

INVERSION DE CAPITAL/ENTIDAD FINANCIERA -Vigilancia/ **SUPERINTENDENCIA BANCARIA/COMPETENCIA**

Al disponer que no se debe considerar la depreciación en la determinación de los activos fijos sin valorizaciones, la circular está introduciendo un elemento nuevo, no considerado en la norma superior, que la Superintendencia, en el cumplimiento de sus funciones no está facultada para variar el alcance de los preceptos cuya observancia cabal debe vigilar, limitándose sus funciones a dotar de los medios y recursos necesarios a los destinatarios de la normas para la observancia y aplicación de las mismas. Se estima que la Superintendencia carecía de competencia para establecer reglas de inversión en las sociedades de servicios financieros, técnicos o administrativos y en las sociedades comisionistas de bolsa, distintas a las previstas en la Ley 45 de 1990 y en el Decreto 1730 de 1991.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref.: Expediente No. 4099. Actora: Carlos Eduardo Bermudez C/Nación Superintendencia Bancaria. Acción de nulidad del punto 2.3.2 de la circular No. 19 del 11 de marzo de 1991, expedida por la Superintendencia Bancaria. FALLO.

Santafé de Bogotá, D.C., cinco de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Resuelve la Sala, demanda de nulidad del punto 2.3.2 de la circular No. 019 del 11 de marzo de 1991, expedida por la Superintendencia Bancaria, interpuesta por el ciudadano Carlos Eduardo Bermudez.

1. El acto demandado

Circular externa No. 019, punto 2.3.2., expedida con el fin, de fijar pautas para dar cumplimiento al Artículo 1 literal b, Ley 45 de 1990.

> "2.3.2. Rubros que se excluyen de la base. De conformidad con la norma tantas veces citada, los activos fijos sin valorizaciones deben deducirse brutos, esto es, sin depreciaciones, de la sumatoria del capital y reservas patrimoniales de la respectiva entidad."

La demandada, no reporta ningún antecedente en relación con el acto acusado, salvo la expedición del mismo.

Las normas violadas y el concepto de la violación.

a) Estatuto orgánico del sistema financiero, en su Artículo 2.2.1.2.1 literal B.

b) Ley 45 de 1990.

Por cuanto, la circular acusada, cambia el concepto de activos netos, contenido en las normas violadas, por el de activos brutos, hecho que altera el resultado de la operación destinada a determinar el límite de la capacidad de inversión en sociedades de servicios financieros, puesto que se produce un incremento en el guarismo que debe restarse a la cifra que resulte de sumar capital más reservas. En conclusión, la circular disminuyó la capacidad de inversión de los establecimientos de crédito, en las sociedades de servicios financieros, conforme se había fijado en la ley, rebasando el límite de la norma que pretendía reglamentar o explicar.

La norma acusada al decir que los activo fijos sin valorizaciones, deben deducirse brutos, esto es, sin depreciaciones, determina modificando la norma que pretendió explicar y por ende los alcances de la misma.

c) Artículo 25.b y 47 del Decreto 2160 de 1986.

En relación con el primer precepto citado, por cuanto la circular acusada desconoce la disminución contable de los activos fijos por depreciación, al incrementar su valor negando estas deducciones, generando así un doble juego que como resultado se verá reflejado en los asientos contables.

A su vez el Artículo 47, establece la necesidad de la depreciación en el registro contable, disminuyendo con ello, el valor de los bienes considerados activos fijos. la circular al, establecer que esta discriminación no se tenga en cuenta, está violando un precepto superior.

2. Alegatos de conclusión.

2.1 De la parte demandante.

Estima el demandante, que la Superintendencia desatendió las reglas de interpretación de la ley consagrados en los Artículos 27 y 29 del Código Civil.

Examinada con detenimiento la norma superior, para el legislador el concepto de activos fijos comprende la aplicación de las variaciones por valorizaciones y depreciaciones y por lo mismo, la introducción de la expresión "sin valorizaciones", significa una reducción del concepto general, con la misma lógica, si el legislador no excluyó las depreciaciones, debe entenderse que se tomarán en cuenta en la determinación de los activos fijos, sin excluirlas, como lo hizo la norma acusada.

El sentido de los activos fijos, de acuerdo con la ciencia contable, fué definido por los Artículos 46 y 47 del Decreto 2160 de 1986, bajo la denominación "propiedades, planta y equipos" y el valor de los mismos es el que enuncian los Decretos 2911 y 2912 de 1991.

En conclusión, el intérprete no goza de plena libertad para definir los alcances de un precepto, cuando la misma Ley expresa lo que ella comprende. Además, bajo la hipótesis que la Ley 451 de 1990 busca proteger a los ahorradores, con la circular acusada no se están afectando estos recursos sino los de propiedad de los accionistas, representados por la provisión acumulada denominada depreciación.

2.2. De la parte demandada.

La administración considera que obró con competencia y sin exceder los límites de ésta, al expedir la circular acusada, ejerciendo las facultades previstas en los literales "g" y "h" del Artículo 3, Decreto 1939 de 1986, hoy Artículo 4.1.1.0.3. del estatuto orgánico del sistema financiero, Decreto 1730 de 1991.

La razón de ser de la depreciación, consiste en generar los recursos, para reponer los activos fijos una vez cumplida su vida útil, por lo mismo no podría convenirse en que ella se convierta en fuente de recursos para otros usos.

Para la Superintendencia el Artículo 2.2.1.2.1. literal b, del estatuto orgánico del sistema financiero, alude a los activos fijos brutos, en virtud de las razones que se resumen a continuación:

-La norma citada propende porque los activos fijos y las inversiones de capital sean financiados con recursos propios de las entidades y no con ahorro proveniente del público.

-En cumplimiento de la finalidad antes mencionada, se entiende que el valor de los activos fijos, es el bruto y no el neto, pues de lo contrario, terminaría incrementándose la capacidad de inversión, en virtud de la mera depreciación, sin que ello signifique incremento en los recursos patrimoniales. En otro sentido, la depreciación no significa liberación de recursos, y el aceptarla, conduce a un incremento de la capacidad de inversión de las sociedades vigiladas sin que los accionistas inyecten un sólo peso, lo que conlleva a deducir que los recursos salen del pasivo externo de la entidad, que es tanto como para decir, del ahorro del público.

En relación con la supuesta violación de los Artículos 25 y 47 del Decreto 2160 de 1986, cabe precisar que el mismo estatuto al tratar los activos fijos, los considera de dos tipos, depreciables y no depreciables, y en concordancia con ellos, la circular acusada pretende evitar que la depreciación se convierta, por ser extraño a ella, en fuente de fondos para inversiones de capital.

2.3. Del Ministerio Público.

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Delegado del Ministerio Público, propugna por la nulidad invocada con fundamento en los argumentos que se sintetizan a continuación:

- La historia de la Ley 45 de 1990, relata que fué idea de su Ponente en la Cámara, de que en la base para inversiones quedan excluídos los activos fijos, una vez descontados las valorizaciones, ampliándose así la capacitad de las matrices.

-La Superintendencia, desbordó la capacidad de reglamentación de la norma, al incrementar el valor a deducir del capital y de las reservas, produciendo una importante merma en la capacidad de inversión.

-La Administración, añadió un requisito a los inicialmente señalados en la Ley, el de que los activos fijos se tomen con el aditivo de las depreciaciones.

Finalmente, para el Ministerio Público, no hay duda, que el acto que se censura, disminuyó la capacidad de inversión de las entidades a que se refiere el literal b, del Artículo 1, de la Ley 45 de 1990 "si la Ley no distinguió, si el legislador no discriminó, no lo puede hacer la circular".

CONSIDERACIONES

Interesa a la Sala saber, si la Superintendencia Bancaria, al expedir la circular acusada, obró dentro de los precisos límites de sus competencias o si por el contrario se excedió y obró por fuera de éstas. Cualquiera sea, la conclusión a que se llegue, conducirá a resolver el caso subjudice, bien confirmando el acto acusado, obra declarando su nulidad.

Planteando el problema jurídico, forzoso es, remitirnos a las normas que precisan las competencias de la Superintendencia Bancaria en su labor de vigilancia de las entidades de intermediación financiera y particularmente a aquellas afines con el actual Estatuto Financiero y con las actividades por él autorizadas para ciertas entidades según Artículo 2.2.1.2.1. Decreto 1730 de 1991 y que corresponde al Artículo 1 de la Ley 45 de 1990.

El actual Estatuto Orgánico del sistema financiero, Decreto 1730 de 1991, reproduce exactamente el literal "g" Artículo 3 del Decreto 1939 de 1986, norma vigente al momento de expedición de la circular acusada y que precisa las funciones de la Superintendencia para el cumplimiento de los objetivos señalados en el estatuto en comento, y cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 4.1.1.0.3

"Los objetivos antes señalados, los desarrollará la Superintendencia Bancaria mediante el ejercicio de las siguientes funciones:

"14. Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación."

De la norma citada, se infieren objetivamente las siguientes funciones:

Instruir, fijar criterios técnicos y jurídicos y señalar procedimientos.

De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, Ed. 1984. Instruir significa: "enseñar, doctrinar. 2. Comunicar sistemáticamente ideas, conocimientos o doctrinas. 3. Dar a conocer a uno el estado de una casa, informarle de ella, comunicarle avisos o reglas de conducta."

Fijar criterios, debe entenderse como la facultad de procurar elementos de juicio, pautas de discernimiento, principios, que comporten una más fácil y cumplida aplicación de las normas.

Señalar procedimientos, grosso modo, significa, prescribir los métodos como han de aplicarse las normas destinadas a las instituciones que debe vigilar, sin que

ello se afecte el contenido o alcance de las mismas; es dotar de instrumentos para el cumplimiento del derecho sustantivo.

Se concluye entonces, que la Superintendencia, en el cumplimiento de sus funciones no está facultada para variar el alcance de los preceptos cuya observancia cabal debe vigilar, limitándose sus funciones a dotar de los medios y recursos necesarios a los destinatarios de las normas para la observancia y aplicación de las mismas.

Corresponde entonces verificar si el acto demandado, se adecua o nó a la Ley de referencia y por ende, si la Superintendencia Bancaria actuó dentro de los límites de sus competencias. Para ello, se transcribe el texto de la norma respectiva:

"Artículo 2.2.1.2.1.

"b) La totalidad de las inversiones en sociedades filiales y demás inversiones de capital autorizadas, diferentes de aquéllas que efectúen los establecimientos en cumplimiento de disposiciones legales, no podrá exceder en todo caso del ciento por ciento (100%) de la suma del capital y reservas patrimoniales del respectivo banco, corporación o compañía de financiamiento comercial, excluidos los activos fijos sin valorizaciones, y..."

Se observa que mientras la norma citada enuncia "...excluidos los activos fijos sin valorizaciones, y..." la circular acusada dice: "... los activos fijos sin valorizaciones deben deducirse brutos, esto es, sin depreciaciones, ...".

Al disponer que no se debe considerar la depreciación en la determinación de los activos fijos sin valorizaciones, la circular está introduciendo un elemento nuevo, no considerado norma, la cual no especificó ni impuso este requisito.

Estima la Sala, que la Superintendencia carecía de competencia para establecer reglas de inversión en las sociedades de servicios financieros, técnicos o administrativos y en sociedades comisionistas de bolsa, distintas a las previstas en la Ley 45 de 1990 y en el Decreto 1730 de 1991. Hacerlo, so pretexto de interpretar e instruir para cumplimiento de la Ley, significa como legislador derivativo y por excepción al Presidente de la República, pero dentro de los precisos límites de la Ley de facultades.

Tanto la Constitución de 1886, como la de 1991, fieles al principio de jerarquía normativa, mantienen que sólo norma posterior de igual o superior jerarquía puede derogar una anterior, lo que nos conduce de manera imperativa a concluir que la circular 019 de marzo 11 de 1991, carece de la entidad requerida, para adicionar los preceptos que se dicen violados, tratando de llenar supuestos o reales vacíos de los mismos.

En conclusión, para la Sala, hay lugar a declarar la nulidad solicitada, sin análisis en torno a las consecuencias económicas para los inversionistas, derivadas de la aplicación del precepto acusado.

Conviene recordar que el análisis de legalidad que realiza el Consejo sobre actos administrativos dice estar despojado de toda consideración referente a la conveniencia o necesidad del acto que se estudia. Solamente interesa para este juicio la preservación de la intangibilidad del concepto de legalidad, que como tantas veces se ha dicho, es la base del Estado de Derecho.

Resultan suficientemente comprobadas las causales de violación de las normas superiores y de ejercicio excesivo de la competencia, consagradas en el Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, razón por la cual, se comparten en esta instancia, los argumentos que al respecto han expuesto tanto el demandado como el señor delegado del Ministerio Público.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. DECLARASE, la nulidad del numeral 2.3.2. del Artículo 2 de la circular No. 019 del 11 de marzo de 1991, expedida por el Superintendente Bancario.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Se deja constancia, que la presente providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate. Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SANCION POR LIBROS -Periodicidad/PERIODO GRAVABLE

Dentro de un año gravable solo es procedente el aplicación de la sanción por libros por una sola vez, independientemente de que la irregularidad se establezca en una o varias inspecciones contables, porque el legislador no consagra limitación en ese sentido como erróneamente lo interpreta la actora. El proceso sancionatorio no está desligado de la noción de año gravable, por el contrario se está desligado de la noción de año gravable, por el contrario se circunscribe a él. En esta forma la Administración no incurrió en violación del Artículo 58 del Decreto 3803 de 1982 y tampoco se reinició un proceso que legalmente había concluido, por cuanto si bien es cierto que con base en una sola inspección contable se fundamentaron las dos sanciones, no es menos cierto que las dos no se aplicaron por atraso en el mismo año gravable, o sea son dos procesos por diferentes años gravables.

PROCESO LEGALMENTE CONCLUIDO/NULIDAD

La causal de corresponder a un proceso legalmente concluído contemplada en materia de impuestos en el numeral 5 del Artículo 57 de la Ley 52 de 1977, se refiere a los actos de liquidación de impuestos (liquidaciones oficiales) y respecto de las resoluciones que deciden recursos, y la contemplada por el numeral 3 del Artículo 140 del C. de P.C. que tuvo en cuenta el a-quo, es de aplicación en los procesos judiciales no administrativos, los cuales se rigen por disposiciones especiales, excepto en lo no previsto en ella.

LIBROS DE CONTABILIDAD -Atraso/SANCION POR LIBROS

Existe un término de gracia de tres meses calendario contados a partir de la fecha de las últimas operaciones registradas en los libros, hasta el último día del mes anterior aquel en el cual se realiza la visita, dentro del cual no se configura atraso sancionable. En este caso no existe atraso superior a los

tres meses de gracia que concede la ley para poner al día los libros de contabilidad, pues los libros diario y mayor y balances según el acta de visita registraban sus últimas operaciones hasta el mes de agosto de 1983 y del último día de éste mes hasta el último día del mes anterior al mes en que se realizó la visita, el 30 de noviembre de 1983, solamente hay tres meses exactos, de donde surge, que no se configura el atraso sancionable ya que la visita se inició el día 5 de diciembre del año de 1983.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta
Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn*

Ref.: Expediente No. 3771
Actora: SOCIEDAD GERMAN MORALES E HIJOS LTDA. NIT. 60.022.982
Impuestos (Sanción Por Libros). FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada, la Nación - Dirección de Impuestos Nacionales - contra la sentencia de fecha 10 de mayo de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por la sociedad Germán Morales e Hijos Ltda. contra la operación administrativa a través de la cual se le impuso sanción por libros de contabilidad en el año gravable de 1983.

ANTECEDENTES

Mediante auto comisorio Nro. 000110 de fecha 5 de diciembre de 1983, la Administración de Impuestos de Bogotá ordenó inspección general a los libros de contabilidad de la Sociedad "Organización Hotelera Germán Morales e Hijos Ltda.", con el fín de verificar el cumplimiento de las normas tributarias relacionadas con impuestos indirectos.

En desarrollo de esta inspección contable, la Administración estableció que en lo libros diario y mayor y balances, se habían registrado operaciones hasta agosto de 1983, según informe de libros plasmado en el Acta de Inspección correspondiente de fecha 13 de diciembre de 1983.

Considerando que se había configurado atraso en los libros de contabilidad, la Administración de Impuestos produjo la Resolución Nro. 00017 del 25 de mayo de 1984, imponiendo sanción por libros a la sociedad por el período gravable de 1982 la cual se liquidó en la suma de $10.292.929.

Contra éste acto administrativo, la sociedad recurrió en reposición y en subsidio de apelación, pronunciándose la Administración mediante Resolución Nro. A-000113-P del 13 de junio de 1985, que revocó la sanción por no ser procedente en el año gravable de 1982.

Posteriormente, mediante la Resolución Nro. 040075 de fecha 31 de julio de 1985, y con base en la misma visita la Administración impuso la sanción por libros por el año gravable de 1983, en la suma de $10.292.929.

Con fecha 14 de agosto de 1985, la sociedad interpuso los recursos de reposición y de apelación subsidiaria, la que fueron resueltos mediante las resoluciones Nro. 00030 del 10 de febrero de 1987 y Nro. J-00005-AP del 11 de octubre de 1988, que confirmaron la resolución sancionatoria.

En desacuerdo con lo anterior, la sociedad acudió a la jurisdicción contenciosa alegando que la actuación administrativa acusada, violó los Artículos 26 de la Constitución Nacional, 6. 152 ordinal 3. y 332 del Código de Procedimiento Civil, 57 ordinales 5 y 6 de la Ley 52 de 1977 dando lugar a la nulidad de la operación administrativa, y los Artículos 56 del Decreto 3803 de 1982, y 3. del Decreto 1354 de 1987 por cuanto no se configura el hecho irregular "atraso en libros" objeto de la sanción.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribuna Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda, al considerar que prosperaba el primer cargo propuesto por la actora de nulidad de la operación administrativa acusada, por cuanto la Administración después de haber concluido el proceso en el cual se determinó, discutió y revocó la sanción por libros, volvió a imponer la sanción reviviendo un proceso legalmente concluido incurriendo así en violación del Artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

LA APELACION

La apoderada judicial de entidad demandada - La Nación - Dirección de Impuestos Nacionales -, impugna la decisión del Tribunal alegando que éste no tuvo en cuenta las vigencias fiscales, y su total independencia entre las mismas, confundiendo la causa con el efecto y las anualidades fiscales, porque mediante inspección contable se estableció atraso en los libros, hecho sancionable según las normas legales, procediendo por ello a imponer la sanción correspondiente en el año gravable de 1982, pero revocándola con ocasión del recurso de reposición por cuanto la vigencia objeto de la sanción de acuerdo con el Acta de visita era el año de 1983 y no el de 1982, quedando así concluído el proceso por el año de 1982.

Que no puede afirmarse lo mismo respecto al año de 1983, año en el que se practicó la visita contable y en el cual se estableció el atraso en los libros, sin que en

el mismo año gravable la Administración hubiera impuesto sanción alguna antes de la cuestionada, no configurándose la causal de nulidad invocada en la sentencia apelada de haberse reiniciado un proceso legalmente concluído, por cuanto el proceso sancionatorio se inició en otra vigencia fiscal, siento plenamente válido los actos administrativos acusados.

En consecuencia, solicita a la Corporación revocar la sentencia apelada y en su lugar confirmar la sanción por libros impuesta en el período gravable de 1983.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El representante de la Dirección de Impuestos luego de hacer un recuento de los antecedentes administrativos que dieron origen a los actos demandados, insiste en que la Administración no aplicó dos veces sanción en el mismo año gravable como lo pretende demostrar la sociedad actora, sino que la sanción se aplicó en dos vigencias fiscales diferentes, y por ello no puede afirmarse que se reinició un proceso legalmente concluido y reitera su petición para que se revoque la sentencia apelada.

El apoderado de la sociedad actora por su parte, se remite a lo dicho en la demanda inicialmente presentada ante el Tribunal, especialmente en lo que atañe con la causal de nulidad que tuvo en cuenta el Tribunal para acceder a sus pretensiones y se refiere igualmente al hecho expuesto en el sentido de que de todas maneras la sanción no es procedente, porque el atraso que es objeto de la sanción no se configura, por cuanto la sociedad se encontraba dentro del término de gracia concedido por la Ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dos son entonces los aspectos, que debe dilucidar la Sala en esta instancia del recurso de apelación, el primero, la nulidad propuesta por la sociedad actora y acogida por el Tribunal con base en la causal "por corresponder a un procedimiento legalmente concluido", y, el segundo, la procedencia o improcedencia de la sanción por libros.

1. NULIDAD DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA

La sociedad actora fundamenta la causal invocada, en el hecho de que la Administración de Impuestos con base en el Acta de Inspección Contable de fecha 13 de diciembre de 1983, le impuso doble sanción por el mismo hecho.

De acuerdo con el Artículo 58 del Decreto 3803 de 1982, "las sanciones por libros podrán aplicarse dentro de la liquidación oficial o en resolución independiente. En ningún caso podrá aplicarse sanción por libros más de una vez dentro de un mismo año gravable."

La interpretación que debe dársele a ésta disposición, no es otra que la que emerge claramente del texto, es decir, que dentro de un año gravable solo es procedente la aplicación de sanción por libros por una sola vez, independientemente de que la irregularidad se establezca en una o varias inspecciones contables, porque el legislador no consagra limitación en ese sentido como erróneamente lo interpreta el apoderado de la sociedad actora.

El proceso sancionatorio como se vé, no está desligado de la noción de año gravable, por el contrario, se circunscribe a él.

En esta forma, para la Sala en el caso en litis, la Administración no incurrió en violación de la norma transcrita, y tampoco puede afirmarse que se reinició un proceso que legalmente había concluído, por cuanto si bien es cierto que con base en una sola inspección contable se fundamentaron las dos sanciones, no es menos cierto que las dos no se aplicaron por atraso en el mismo año gravable, pues una se impuso por el año gravable de 1982, habiendo sido revocada con oportunidad del recurso de reposición; y, la segunda, se impuso por atraso en el año gravable de 1983, que es la que es objeto de litis en este proceso. De donde se infiere, que son dos procesos por diferentes años gravable no pudiéndose afirmar que se reinició el que legalmente había concluído porque la sanción se impuso por diferente año gravable.

De otra parte, la causal de corresponder a un procedimiento legalmente concluído, contemplada en materia de impuestos, en el numeral 5 del Artículo 57 de la Ley 52 de 1977, se refiere a los actos de liquidación de impuestos (liquidaciones oficiales) y respecto de las resoluciones que deciden los recursos, y la contemplada por el numeral 3 del Artículo 140 del Código de Procedimiento Civil que tuvo en cuenta el *a-quo*, es de aplicación en los procesos judiciales no administrativos, los cuales se rigen por disposiciones especiales, excepto en lo no previsto en ella.

En el caso de la sanción por libros de contabilidad, el marco legal de la misma está previsto en las normas especiales, entre otras, los Artículos 56 y 58 del Decreto 3803 de 1982, en los cuales solamente se prohibe imponer más de una sanción en un determinado año gravable, lo cual no aconteció en el subexamine por lo que no se configura violación alguna a dicha norma y mucho menos la nulidad que declaró el Tribunal *a-quo*.

2. PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA SANCION

La Administración fundamentó la sanción por libros de contabilidad en el hecho de que los libros diario y mayor y balances, registraban operaciones hasta agosto de 1983, según el informe de libros consignado en el Acta de Inspección Contable verificada entre los días 5 y 13 de diciembre de 1983.

La norma vigente en la época de los hechos, era el Artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, que hizo extensiva la sanción por libros al atraso de los mismos, la que definió, así:

"Se considera que los libros de contabilidad deben estar al día, a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la fecha de las respectivas operaciones.

El término establecido en esta norma, fué objeto de aclaración, mediante el Artículo 3 del Decreto 1354 de 1987, en los siguientes términos:

"...Se aplicará entre la fecha de las últimas operaciones registradas en los libros, y el último día del mes anterior a aquel en el cual se solicita su exhibición, hayan trascurrido más de tres meses".

Significa que existe un término de gracia de tres meses calendario contados a partir de la fecha de las últimas operaciones registradas en los libros, hasta el último día del mes anterior a aquel en el cual se realiza la visita, dentro del cual no se configura atraso sancionable en los términos de la norma citada.

De acuerdo con lo anterior, observa la Sala, que en el caso que se debate, la Administración incurrió en violación del Artículo 56 del Decreto 3803 de 1982 al considerar que los libros de contabilidad diario y mayor y balances registraban un atraso superior a los tres meses que por lo tanto la sociedad actora se hacía merecedora de la sanción por libros.

En efecto, para la Sala, no existe atraso superior a los tres meses de gracia que concede la Ley para poner al día los libros de contabilidad, pues los libros diario y mayor-balance según el acta de visita registraban sus últimas operaciones hasta el mes de agosto de 1983, y del último día de éste mes hasta el último día del mes anterior al mes en que se realizó la visita, el 30 de noviembre de 1983, solamente hay tres meses exactos, de donde surge, que no se configura el atraso sancionable ya que la visita como se observó anteriormente se inició el día 5 de diciembre del año de 1983.

Cabe precisar además, que el Artículo 3. del Decreto1354 de julio de 1987, mediante el cual se aclaró el contenido del Artículo del Decreto 3803 de 1982 al contrario de lo afirmado por la Administración de Impuestos, en la Resolución que decidió el recurso de apelación, es aplicable al caso debatido, sin que pueda alegarse la irretroactividad de la misma, toda vez que siendo una norma de carácter reglamentario e interpretativa, debe entenderse incorporada en la norma que interpreta, tal como lo dispone el Artículo 12 de la Ley 153 de 1887, cuando enseña: "Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las Leyes ni a la doctrina legal más probable".

En el caso en litis, cuando entró en vigencia dicha norma, la sanción se encontraba en la etapa de discusión en la vía gubernativa, de suerte que su aplicación sí era procedente.

En consecuencia, de lo expuesto es viable la prosperidad de las pretensiones de la sociedad actora, pero con fundamento en el cargo propuesto y analizado en esta último punto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de fecha 10 de mayo de 1991, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

Cópiese, notifíquese devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*. Los Consejeros: *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn*.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

DECLARACION TRIBUTARIA -Firmeza/**ADMINISTRACION TRIBUTARIA/ COMPETENCIA**

La declaración tributaria queda en firme si dentro de los dos años siguientes a su presentación, no se notifica la liquidación de revisión . Este mismo término se contará a partir de la fecha en la cual se formula devolución o compensación cuando en la declaración se determine un saldo a favor. Pero es inaceptable la tesis según la cual por el hecho de no haberse presentado solicitud de devolución del saldo a favor, la Administración carecía de competencia para practicar la liquidación. Ninguna norma le restringe a la Administración su competencia para iniciar el proceso de determinación del impuesto tan pronto se presente la declaración tributaria. La norma que se le quita a los dos años a partir de la solicitud de devolución del saldo a favor, no se la restringe solamente a esos dos años

ACTA DE INSPECCION CONTABLE-Traslado/**DERECHO DE DEFENSA/REQUERIMIENTO ESPECIAL**

El término de un mes que estatuía el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1961 fue sustituído por el de tres meses que consagró la Ley 52 de 1977 en el Artículo 43 para contestar el requerimiento especial que obligatoriamente debe dirigir al contribuyente la Administración antes de modificar la liquidación privada; por ello encontrándose dentro del expediente que a la sociedad se le envió requerimiento especial, en donde en forma por demás detallada se formularon las mismas glosas resultantes de la inspección contable y expuesta en el Acta de Visita, se considera que no se configuró la violación del derecho de defensa ya que esta tuvo la oportunidad de ejercitarlo y así lo hizo en la respuesta a aquel, controvirtiendo concretamente cada glosa y aportando las pruebas que consideró pertinente.

INSPECCION CONTABLE -Naturaleza/**PRINCIPIO DE CONTRADICCION**

La inspección administrativa que se practica a los libros de comercio de una empresa, no tiene la característica de prueba pericial ni la calidad de plena prueba. Se presume que los datos consignados en el acta resultante de tal inspección, se encuentran tomados de los libros, pero sin que esto signifique que el contribuyente no pueda demostrar su inconformidad. Puede aquel objetarla, tanto en la respuesta al requerimiento especial como posteriormente con el recurso de reconsideración.

DEDUCCION -Requisitos/**EXPENSA NECESARIA/ACTIVO FIJO/IMPUESTO SOBRE LA RENTA**

Los requisitos exigidos por los Artículos 44 y 45 del Decreto 2053 de 1.974 para la deducibilidad de las expensas necesarias son entre otras, la relación de causalidad con los ingresos declarados y la necesidad del gasto, por eso en este caso debe mantenerse el rechazo porque además de las explicaciones de los comprobantes contables el concepto del pago, expuesto en el certificado expedido por el profesional contable, ratifica que el desembolso se efectuó por compra de cuadros hecha a los socios, que no reune la calidad de gastos necesarios para la producción de la renta. Se trata de inversiones que aún cuando virtualmente pueden ser útiles para la empresa, no son precisamente una expensa, son activos fijos y como tales debieron ser declarados. (Período fiscal 1.982).

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta
Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1.992)..

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Ref.: Expediente No. 3886. Actor: Jaramillo Publicidad Ltda.
Impuesto de Renta. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad JARAMILLO PUBLICIDAD LTDA., contra la sentencia del 22 de julio de 1.991, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, formulada contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Renta por el año gravable de 1.982.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Previa inspección ocular a los libros de contabilidad cuyos resultados quedaron expuestos en el Acta de visita de fecha 1 de marzo de 1.985 y teniendo en cuenta la respuesta al Requerimiento Especial 206 de mayo del mismo año, la administración

de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó y notificó la liquidación oficial 387 de septiembre de 1.985 que modificó la liquidación privada que por el año gravable 1.982 presentó la sociedad.

Por falta de soportes externos y relación de causalidad con los ingresos declarados, rechazó gastos por la suma de $16.786.781 e impuesto sanciones por libros de contabilidad e inexactitud , conforme a lo dispuesto por los Artículos 56, 57 y 49 a 51 del Decreto 3803 de 1.982.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios de la misma administración a través de la Resolución 178 de marzo 24 de 1.987, conformó la decisión oficial. Desechó por improcedentes la nulidades invocadas por el actor con fundamento en los numerales 1 y 3 del Artículo 57 y 49 literal g) de la Ley 52 de 1.977, y por la falta de pruebas indóneas mantuvo el rechazo de las deducciones propuestas.

Consecuencialmente ratificó las sanciones por libros de contabilidad e inexactitud. La primera porque no exhibió los soportes contables pertinentes, lo que implica que no lleva los libros de contabilidad en la forma que refleje su verdadero movimiento y la segunda porque no desvirtúo la causa que la originó.

Agotada la vía gubernativa ante la jurisdicción el apoderado de la sociedad reclama la nulidad de los actos administrativos en cita y como restablecimiento del derecho se practique una nueva liquidación del impuesto en la cual se confirma los factores determinados por la sociedad en su declaración de renta y "ordene a la Administración de Impuestos efectuar las correcciones correspondientes en la cuenta corriente de la sociedad, así como las compensaciones o devoluciones a que hubiere lugar".

Estima que fueron violadas entre otras las siguientes disposiciones:

- Artículo 6º Decreto 398 de 1.983;

- Artículo 1º Decreto 1495 de 1.978;

- Artículo 48, 51 y 53 del Código de Comercio;

- Artículo 44 y 45 del Decreto 2053 de 1.974 y

- Artículo 78 del Decreto 1651 de 1.961.

Argumenta en síntesis el apoderado judicial de la sociedad:

1. INCOMPETENCIA DE LA ADMINISTRACION

Con fundamento en el Artículo 6º del Decreto 398 de 1.983, entiende que la liquidación de revisión es nula en los términos del Artículo 57 de la Ley 52 de 1.977, porque la oficina de Impuestos la practicó cuando aún no tenía competencia para hacerlo.

Dice que si la contribuyente en la liquidación privada se determina un saldo a su favor, la Administración Tributaria sólo tiene competencia para modificarla por el término de dos años contados a partir de la fecha en la cual se formule la solicitud de devolución. Como en el caso el acto liquidatorio se notificó cuando la sociedad no había hecho tal petición, aquél resulta extemporáneo, "expedido en forma irregular y con una innegable desviación de las facultades que a la Administración le confiere la Ley".

2. FALTA DE EXPLICACION SUMARIA

Sostiene igualmente el actor que la liquidación oficial es nula porque, de una parte, no se le dió traslado del Acta de inspección contable, previo a la formulación de las glosas contenidas en el requerimiento especial, en la forma exigida por el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1.961 y de otra, se omitió en aquélla la explicación sumaria que trata el Artículo 49 de la Ley 52 de 1.977. La Administración, dice, no expresó los razonamientos que tuvo para desestimar los argumentos y pruebas consignadas y aportadas en la respuesta al requerimiento especial. Se limitó a informar que "por carecer de soportes externos que los respalden y no tener relación de causalidad con la renta declarada: Artículo 1º Decreto 1495 de 1.978; Artículos 48, 51 y 53 del Código de Comercio; Artículo 44 y 45 del Decreto 2053 de 1.974, Artículo 78 Decreto 1651 de 1.961 se desestimaron como gastos $3.656.900; $2.200; $2.449.881 y $8.480 de conformidad a lo expuesto en el Acta de visita"". Esto es, concretamente afirma, hubo falta de motivación del acto administrativo que impugna.

3. RECHAZO DE GASTOS

En cuanto a las cuestiones de fondo, al contrario de lo que afirma la Administración, sostiene que las deducciones rechazadas por la Oficina de Impuestos, se encuentran respaldados por "soportes externos" y tienen relación de causalidad con la renta declarada.

Teniendo en cuenta el objeto social y la actividad que ejecuta la empresa, las erogaciones glosadas, dice, están íntimamente vinculadas con aquéllas como lo exige el Artículo 45 del Decreto 2053 de 1.974. Por lo demás tiene pleno respaldo en la atestación expedida por la Contadora debidamente acreditada, en la cual se detallan los asientos, cuentas, libros y comprobantes, amén haberse presentando copias auténticas de los mismos. Cosa distinta es que en algunos casos existiera error de identificación de los beneficiarios de los pagos, como se admitió en la respuesta al requerimiento especial.

Está de acuerdo el a-quo con la Oficina de Impuestos. La actuación administrativa, dice, se inició el 6 de mayo de 1.985, fecha en la que se libró el requerimiento especial y en la que estaba vigente la Ley 9a. de 1.983, que en lo pertinente al procedimiento tiene aplicación inmediata de conformidad con el Artículo 40 de la Ley 153 de 1.887. De donde infiere que conforme con los Artículo 71 y 75 de aquella Ley, el acto liquidatorio se produjo dentro del término legal.

En cuanto al traslado del Acta de inspección contable, afirma que derogado el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1.961, por el Artículo 42 de la Ley 52 de 1.977, que consagró el requerimiento especial, era en éste que se debía formular las glosas contables y dentro del término para contestar, la contribuyente presentar sus alegatos y aportar las pruebas, de donde concluye que habiéndolo hecho por fuera del término previsto , tuvo razón la Administración de desestimar las allegadas en aquella oportunidad.

Considera por otra parte, que si bien es cierto la nota explicativa adjunta a la liquidación oficial, no es un "extenso alegato", no lo es menos, que es suficiente como explicación sumaria de las modificaciones a la liquidación privada. Suministra los fundamentos de hecho y de derecho del acto liquidatorio que permitieron a la contribuyente formular los términos de su defensa.

En relación con las deducciones admite que sobre éstas no se allegaron las pruebas pertinentes. Algunos comprobantes de pago se encuentran sin suscribir por sus beneficiarios, y otros fueron allegados en la respuesta extemporánea al requerimiento especial.

Por último, comparte la imposición de sanción por inexactitud porque ésta no se originó en una diferencia de criterios con la Administración, sino porque incluyó en la declaración de renta deducciones cuya existencia la sociedad no demostró.

La sanción por libros de contabilidad, la mantiene porque no se aportó el denuncio rentístico 1.984 necesario para su cuantificación.

DE LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad apela de la sentencia y pide su revocación. Con argumentos similares a los consignados en la demanda y en la cual se remite a los expresados en la vía gubernativa, insiste en la viabilidad de las nulidades propuestas y en la procedencia de las deducciones desestimadas por haber sido comprobadas.

Solicita el "reexamen de todo el proceso" como quiera que considera que no se ha decidido el debate. Se analicen las pruebas y se tenga en cuenta que la relación de causalidad de los gastos debe juzgarse a la luz del objeto y de la actividad social de la compañía. Recalca que "la sociedad presentó en la visita contable sus pruebas y que en ningún caso la ausencia de éstas constituye el pretexto para rechazar los gastos glosados, así como para aplicar las sanciones liquidadas".

Primero, afirma, exhibió sus libros de contabilidad, principales y auxiliares, los comprobantes internos y externos. Después, aportó certificación de Contadora debidamente reconocida quien invocó cuentas, libros, folios y comprobantes, etc.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Fiscal Sexta de la Corporación, en su concepto de fondo, manifiesta, estar de acuerdo con la improcedencia de las nulidades que invoca la sociedad. Empero solicita se acepten los gastos por valor de $2.449.831 correspondientes a pago de servicios prestados por personal suministrado por la sociedad BOGOTA TODO LTDA, como quiera que las explicaciones suministradas al respecto por la contribuyente, además de se coincidentes, se encuentran respaldadas por certificación de Contador Público.

Pide igualmente se levante la sanción por libros de contabilidad porque, no encuentra que se haya configurado en el caso, ninguna de las causales previstas en el Artículo 56 del Decreto 3803 de 1.982 en la cual aquélla se fundamenta, y se mantenga la correspondiente a inexactitud pero excluyendo del cálculo la partida aceptada.

Estima que tanto el Artículo 6º del Decreto 398 de 1.983, como el 75 inciso 2º de la Ley 9a. del mismo año, respetaron los intereses del contribuyente al permitirle solicitar la devolución de su dinero sin un término perentorio, pero también los del estado permitiéndole ejercer su función fiscalizadora en cualquier momento, antes del vencimiento de los dos años contados a partir de la fecha de la solicitud de devolución o compensación.

En cuanto al traslado del Acta de inspección contable, se acoge a pronunciamientos de esta Corporación sobre el particular, en donde se ha sostenido que derogado tácitamente el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1.961 con la expedición de la Ley 52 de 1.977, que en su Artículo 42 consagró la obligatoriedad de expedir un requerimiento especial previo a la liquidación oficial, aquel traslado es innecesario.

Por último, entiende que con el requerimiento especial y el memorando explicativo de la liquidación de revisión, quedaron claras para la contribuyente, las glosas formuladas por la Administración. Tan completa sería la explicación al respecto, dice, que la sociedad pudo ejercer su derecho de defensa sin ninguna dificultad.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Debe dilucidar la Sala sin son procedentes o no las nulidades propuestas por la demandante y en caso negativo, si las pruebas aportadas son suficientes para admitir la deducibilidad de las erogaciones que la sociedad reclama y levantar las sanciones que la Administración impuso.

I. NULIDADES

A. INCOMPETENCIA DE LA ADMINISTRACION PARA PRACTICAR LA LIQUIDACION

La declaración tributaria queda en firme si dentro de los dos años siguientes a su presentación, no se notifica la liquidación de revisión. Este mismo término se contará a partir de la fecha en la cual se formule devolución o compensación cuando en la declaración se determine un saldo a favor.

Esto es lo que ordena el Artículo 75 de la Ley 9a. de 1.983, cuyas normas procedimentales son las aplicables a las declaraciones correspondientes al ejercicio fiscal de 1.982 y siguientes. Este Artículo sustituyó al 6º del Decreto 398 de 1.983 de efímera existencia, aunque disponía algo similar.

De todas maneras es inaceptable la tesis del señor apoderado según la cual por el hecho de no haberse presentado solicitud de devolución del saldo a favor, la Administracion carecía de competencia para practicar la liquidación. Según esa tesis la Administración solo tendría competencia durante los dos años contados a partir de la solicitud de devolución.

Esta interpretación carece de respaldo aunque el actor la ha fundado en el Artículo 6º del Decreto 398 de 1.983 que como ya se dijo no regía cuando se presentó la declaración de 1.983. Ninguna norma le restringe a la Administración su competencia para iniciar el proceso de determinación del impuesto tan pronto se presente la declaración tributaria. La norma que se la quita a los dos años a partir de la solicitud de devolución del saldo a favor, no se la restringe solamente a esos dos años.

No se acepta el cargo de incompetencia.

B. TRASLADO DEL ACTA DE INSPECCION CONTABLE Y FALTA DE EXPLICACION SUMARIA

El apoderado de la sociedad invoca la nulidad de la operación administrativa primero, por omisión del traslado del Acta de inspección contable y después por falta de la explicación sumaria en la liquidación de revisión.

Sobre la primera reiteradamente la Sección se ha pronunciado acogiendo el criterio que impregnó el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación al resolver el interrogante que sobre la vigencia del Artículo 91 del Decreto 1651 de 1.961, le formulara el Ministro de Hacienda y Crédito Público el 2 de junio de 1.980 (Exp.1.998, actor: "Los Topos Construcciones Ltda., Consejero Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos, sentencia de junio 1º de 1.990; Exp.1.764, sentencia de febrero 2 de 1.990).

Dijo la Sala entonces que el término de un mes que estatuía el Artículo 91 del Decreto 1651 de 1.961 fue sustituido por el de tres meses que consagró la Ley 52 de

1.977, en el Artículo 43 para contestar el requerimiento especial que obligatoriamente debe dirigir al contribuyente la Administración antes de modificar la liquidación privada. Por ello encontró la Sala incompatible con el nuevo procedimiento y por ende tácitamente derogado el Artículo 91 del citado Estatuto 1651 de 1.961 en los procesos de revisión de la liquidación privada en los que necesariamente hay un requerimiento especial con derecho a responder en tres meses. (no sucede lo mismo en procesos que carecen de requerimiento previo como la imposición de sanciones con base en actas de inspección contable, casos en los cuales sí operaba el traslado por un mes, hasta cuando fue derogado expresamente el Artículo 91 del Decreto 1651/87).

Por esta razón y encontrándose demostrado dentro del expediente que a la sociedad se le envió requerimiento especial, en donde en forma por demás detallada se formularon las mismas glosas resultantes de la inspección contable y expuestas en el Acta de visita de fecha 10 de marzo de 1.985, de la cual se le adjudicó copia (fl.206 Ant.Ad.), considera la Sala como el a-quo y el Ministerio Público, que no se configuró la violación del derecho de defensa que la sociedad invoca. Esta tuvo la oportunidad de ejercitarlo y así lo hizo en la respuesta a aquél, controvirtiendo concretamente cada glosa y aportando las pruebas que consideró pertinentes en cada caso, como también lo hizo después de practicada y notificada la liquidación de revisión en donde aunque no se abundó en detalles, la explicación consignada en ella logró su cometido como lo demuestra el recurso de reconsideración que contra ella oportunamente interpuso en donde, como observa la señora fiscal, la contribuyente sin ninguna dificultad y refiriéndose a todas y cada una de las razones expuestas, controvirtió las glosas.

II. DEDUCCIONES

La inspección administrativa que se practica a los libros de comercio de una empresa, no tiene la característica de prueba pericial ni la calidad de plena prueba como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación.

Se presume que los datos consignados en el acta resultante de tal inspección, se encuentran fielmente tomados de los libros, pero sin que ésto signifique que el contribuyente no pueda demostrar su inconformidad. (Art. 92 Dcto. 1651/61 hoy Art.782 del E.T.). Puede aquél objetarla, tanto en la respuesta al requerimiento especial como posteriormente con el recurso de reconsideración.

En el caso materia del debate fue ésto precisamente lo que ocurrió. Primero en la respuesta al requerimiento especial y después con motivo del recurso instaurado contra la liquidación de revisión, la contribuyente cuestionó su contenido y aportó pruebas tendientes a desvirtuarlo.

Pero estos documentos si bien es cierto inicialmente se allegaron cuando había vencido el término para contestar el requerimiento, no lo es menos que se anexaron también al recurso de reconsideración, con lo cual se establece que fue oportuna su presentación en los términos previstos por el Artículo 27 de Decreto 2821 de 1.974,

por lo cual es procedente su análisis que la Sala realizará en el orden en que fueron formuladas las peticiones.

A. GASTOS SIN SOPORTES EXTERNOS Y SIN RELACION DE CAUSALIDAD POR VALOR DE $3.656.900

Glosada esta partida porque no se presentaron los documentos externos que la respaldan, en el momento de practicar la visita, no estar firmados los comprobantes de pago por sus beneficiarios y otros por no tener relación de causalidad con la renta, la contribuyente aportó certificación de Contadora Pública, en donde ésta relaciona además del comprobante de diario en donde las erogaciones se encuentran contabilizadas, la fecha, el comprobante de pago, el cheque, el nombre del beneficiario, la identificación del mismo y la cuantía abonada a cada uno de éstos.

Informa: "Que los cheques girados corresponden a la cuenta corriente No. 005-11-028-3 del Banco de Crédito, sucursal Centro Internacional de la sociedad JARAMILLO PUBLICIDAD LTDA" y que "los pagos corresponden a reembolso efectuado al señor Luciano Jaramillo, identificado con la Cédula No. 2.944.019 de Bogotá, por concepto de gastos realizados por cuenta de clientes de la sociedad".

Prueba que analizada en forma integral, considera la Sala es idónea para probar el hecho que se pretende, pues si bien es cierto que los comprobantes de pago no aparecen firmados por los beneficiarios, no lo es menos, que dada la modalidad en que aquéllos se efectuaron, se encuentran acreditados con las cuentas de cobro presentadas por quien directamente los hizo y solicitó el reembolso (fls.20 a 120 Ant. Ad.).

B. GASTOS SIN RELACION DE CAUSALIDAD POR $2.200.000

Desestimadamente esta erogación por ausencia de los requisitos exigidos por los Artículos 44 y 45 del Decreto 2053 de 1.974 para la deducibilidad de las expensas necesarias como son, entre otras, la relación de causalidad con los ingresos declarados y la necesidad del gasto, el rechazo debe mantenerse, porque además de las explicaciones de los comprobantes contables el concepto del pago, expuesto en el certificado expedido por el profesional contable, ratifica que el desembolso se efectuó por compra de cuadros (fl.126) hecha a los socios, que no reune la calidad de gastos necesarios para la producción de la renta. Se trata de inversiones que aún cuando virtualmente pueden ser útiles para la empresa, no son precisamente una expensa, son activos fijos y como tales debieron ser declarados.

C. GASTOS SIN RELACION DE CAUSALIDAD Y SOPORTE EXTERNO POR $2.449.881

Esta suma que en la vía gubernativa fue controvertida por tratarse de facturas de cobro presentadas por la sociedad BOGOTA TODO LTDA. NIT: 60.034.069 por atenciones a clientes, sin entrar a detallar dichos pagos, debe reconocerse como dedu-

cible en esta oportunidad. Tanto en la contestación al requerimiento especial como en las demás etapas procesales, la sociedad ha delegado que los pagos hechos a la empresa en cuestión, correspondan al abono de servicios prestados por personal suministrado por ella, porque la empresa no cuenta con la infraestructura necesaria para el desarrollo total de su objeto social, haciendo énfasis en el hecho de que no tiene gastos por nóminas de personal.

Siendo consecuentes estas explicaciones con lo afirmado en el certificado expedido por el Contador Público y coincidentes con los ingresos denunciados por la receptora, debe accederse a la pretensión.

D. GASTOS CONTABILIZADOS A NOMBRE DE BENEFICIARIOS DISTINTOS A LOS RELACIONADOS EN LA DECLARACION DE RENTA POR $8.480.000

En la visita contable los funcionarios de impuestos encontraron que eran distintos los beneficiarios de tales pagos a los relacionados en la declaración de renta, puesto que mientras en ésta se relaciona únicamente a LABORATORIOS VM, NIT 60.023.326, en el comprobante de diario 007 de diciembre de 1.982, se dice que fueron varios los proveedores. Sin que tampoco los abonos aparezcan debidamente soportados.

En la respuesta al requerimiento especial la contribuyente admite que incurrió en el error, pero entiende que lo subsana con la contabilidad, para efectos de que le sea aceptada. En la vía gubernativa aportó fotocopias debidamente autenticadas del comprobante de diario correspondiente y de la relación de pagos denominada "Cuentas por Pagar"que coincide con cuentas pasivas que figuran a 31 de diciembre de 1.982 a cargo de la empresa (Anexo oficial No. 3 - Cuentas por Pagar - proveedor - fls 286 y 287 marcador verde) y que por estar debidamente certificado por Contador Público puede admitirse como prueba con apoyo en el Artículo 78 del Decreto 1651 de 1.961, al contrario de lo que opina el Ministerio Público, más si se tiene en consideración que la enmienda no implicó modificación a las bases ni a los tributos determinados en la declaración de renta.

III. SANCIONES POR INEXACTITUD Y LIBROS DE CONTABILIDAD

A. INEXACTITUD

En atención a las anteriores consideraciones estima la Sala que la reclamante es sujeto pasivo de la sanción en los términos que la prevén los Artículos 49 y 50 del Decreto 3803 de 1.982, pero únicamente en cuanto a la partida y concepto que no le fue aceptado, motivo por el cual procede su modificación.

B. LIBROS DE CONTABILIDAD

De los antecedentes administrativos incluyendo el Acta de visita de la inspección contable, está suficientemente claro que la sociedad reclamante presentó sus libros de contabilidad: Diario Mayor y Balances, Inventarios y Balances, debidamente registrados en la Cámara de Comercio en 1.979 los dos primeros y en 1.980 el último, y "otros libros auxiliares de Cuentas de Balance y Pérdidas y Ganancias, en hojas sueltas debidamente legajadas, comprobantes de contabilidad internos y externos", sin que exista constancia alguna de que los mismos detectaran atrasos o deficiencias en los registros contables.

Así las cosas, como la sanción se impuso con fundamento en el Artículo 56 del Decreto 3803 de 1.982, que para el efecto se remite a los numerales 1, 2, 4 y 5 del Artículo 34 del Decreto 2821 de 1.974, el cual prescribe que:

> "En lo concerniente al control tributario se consideran irregulares los siguientes hechos"
>
> 1. No llevar contabilidad, si hubiere obligación de llevarla, establecida por la Ley o reglamento.
>
> 2. No tener registrados los libros de contabilidad, si hubiere obligación de registrarlos, establecida por la Ley o reglamento.
>
> 3. :.....
>
> . .....
>
> . .....
>
> 4. No exhibir los libros de contabilidad, cuando las autoridades tributarias competentes lo exigieren y
>
> 5. Llevar doble contabilidad".

Como solicita la señora Fiscal, es viable levantar la sanción toda vez que no se ha tipificado ninguna de las causales previstas en esta norma.

IV. CUENTA CORRIENTE

Por último en cuanto a la solicitud que formula el actor ante la jurisdicción, para que ésta ordene efectuar las correcciones correspondientes a la cuenta corriente de la sociedad, así como las compensaciones o devoluciones a que hubiere lugar, es pertinente anotar los que sobre el particular ha dicho esta Sección.

> "El tema relacionado con el pago del impuesto a cargo, fijado en la providencia final o la compensación o devolución de un eventual sobrante, forma parte de la consecuencia del fallo o cumplimiento de sentencia, el cual da lugar a un

trámite administrativo de comprobación de los pagos efectuados a efecto de cancelar el faltante o devolver el sobrante, según el caso, actuación que inclusive puede dar lugar a discrepancias o controversias con la Administración que eventualmente podrían ser materia de otro litigio" (Exp.3373, Actor: Promotora Alfa S.A. y otra, Auto de enero 31 de 1.992).

Por lo expuesto anteriormente es procedente practicar una nueva liquidación del Impuesto sobre la Renta en la cual se aceptarán las siguientes deducciones, según lo expuesto:

Reembolso gastos al socio	$3.656.900	
Atenciones a clientes	$2.449.881	
Laboratorios V.M	$8.480.000	$14.586.781

RENTA

La gravada en la liquidación de Revisión 387 de septiembre 6 de 1.985	$17.216.80	
Menos: deducciones aquí reconocidas	$14.586.781	
Renta gravable	$2.630.028	$526.005
Descuentos tributarios		-5.140
Impuesto neto de renta		$520.865
Descuento por renunciar a corregir según liquidación privada		$809
Impuesto a cargo		$620.056

SANCIONES POR INEXACTITUD

Renta gravable sin deducciones improcedentes	$2.630.028	$526.005
Renta gravable con deducciones improcedentes	$430.028	$430.028
Diferencia del Impuesto	$95.977	
200% de $95.977		$191.954
TOTAL A CARGO		$712.010

En consecuencia el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. REVOCASE la sentencia apelada dictada el 22 de julio de 11991 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso número 5743.

2. ANULANSE La Liquidación de Revisión No. 387 del 6 de septiembre de 1.985 y la Resolución A-178-P de marzo 24 de 1.987 por las cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá liquidó el Impuesto de Renta por el año de 1.982 a la sociedad demandante.

3. En su lugar, FIJASE a cargo de la sociedad demandante JARAMILLO PUBLICIDAD LTDA. NIT: 60.028.233 el citado gravamen más sanción en la suma de SETECIENTOS DOCE MIL DIEZ PESOS ($712.010) M/cte.

Cópiese, notifíquese, Comuníquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

CONTRATO SOCIAL -Validez/**CONTRATO SOCIAL** -Inoponibilidad/**DOMICILIO SOCIAL** -Cambio/**REGISTRO MERCANTIL**

Cuando el Código de Comercio hace alusión al fenómeno de la inoponibilidad, lo limita al evento en que la escritura pública no se haya registrado ante la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma; acreditado para este requisito, la modificación al contrato social, así involucre el cambio de domicilio, surte efectos ante terceros. Cuando el Artículo 165 del C. de Co. señala que al trasladar el domicilio de una sociedad deben registrarse ante la Cámara de Comercio del nuevo domicilio la escritura de constitución y los demás documentos de obligatoria inscripción, no está supeditando al lleno de este requisito la validez de la reforma, ya que el traslado surte plenos efectos cuando se llenan los requisitos del Artículo 158 *ibídem.*

PAGO DEL IMPUESTO/DOMICILIO SOCIAL-Registro/**LIQUIDACION DE AFORO**-Improcedencia.

El contenido del Artículo 165 del C. de Co. en cuanto al registro de Cámara de Comercio de las reformas al contrato social en cuanto a domicilio no puede ser utilizado como sustento jurídico de una situación inequitativa, como es el que la Administración reciba de la contribuyente, en dos ocasiones sumas de dinero correspondientes al mismo tributo y durante el mismo período. El argumento de que la contribuyente ha debido declarar ante la Administración de Cali, dado que el registro había sido el 25 de febrero de 1.986, no explica la legalidad de la liquidación de afaro, puesto que la presentación de la declaración de renta fue el 5 de mayo de 1.986, fecha posterior a la del registro del cambio de domicilio, estando por lo tanto conforme con lo señalado por los Artículos 23 literal a) y 30 del Decreto 80 de 1.984.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta
Santafé de Bogotá, D.C., noviembre seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

REF: EXPEDIENTE No. 4112. ACTOR: INVERSIONES DEL SUR LTDA IMPUESTO RENTA. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad de mandada contra sentencia del 6 de diciembre de 1.991 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la que se declaró la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, actos éstos mediante los cuales se determinó el Impuesto de Renta de la sociedad INVERSIONES DEL SUR LTDA, por el año gravable de 1.985.

ANTECEDENTES

La sociedad precitada se encontraba domiciliada en Cali, y en consecuencia declaraba renta ante la Administración de Impuestos Nacionales de dicha ciudad. Para el año de 1.986 trasladó su domicilio a Palmira (Valle del Cauca), razón por la cual presentó su liquidación privada de Impuesto a la Renta correspondiente al año de 1.985 ante la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira. Esta entidad, luego de haber examinado la declaración de renta de la contribuyente, determinó que el anticipo había sido mal liquidado, y en consecuencia, expidió la corrección aritmética No. 15 del 31 de diciembre de 1.986, que fuera recurrida por la contribuyente y consecuencialmente revocada por medio de la Resolución 005 del 22 de julio de 1.987.

Entre tanto, la Administración de Impuestos Nacionales de Cali emplazó a la actora por no haber declarado renta en el año de 1.985, la sancionó y practicó la Liquidación de Aforo 18 del 28 de julio de 1.989. Contra esta liquidación interpuso la actora recurso de reconsideración que le fué resuelto desfavorablemente por medio de la Resolución 087 de 6 de mayo de 1.990.

LA DEMANDA

En desacuerdo, la sociedad INVERSIONES DEL SUR LTDA., en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, interpuso demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, solicitando la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Cali le fijó el Impuesto a la Renta correspondiente al año de 1.985; pidió que, como consecuencia

de lo anterior, se declarara en firme la liquidación privada del Impuesto a la Renta que para el mismo período gravable, es decir, para el año de 1.985, había presentado ante la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira. Para ello sostuvo que a través de los actos acusados se habían violado las siguientes disposiciones: Artículo 2º del Decreto 398 de 1.983; Artículos 23 y 30 del Decreto Reglamentario 80 de 1.984; Artículos 683, 714, 715, 716, 717, 730 y 905 del Estatuto Tributario. Afirma que al haber trasladado su domicilio a Palmira, era en esta ciudad en donde debía declarar.

LA SENTENCIA APELADA

En providencia del 6 de diciembre de 1.991 el Tribunal Administrativo del Valle de Cauca declaró la nulidad de los actos administrativos acusados; declaró además, que la liquidación privada que la contribuyente presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira fue presentada en debida forma. Para ello, sostuvo que el cambio fue registrado ante la Cámara de Comercio de Cali el 25 de febrero de 1.986, con anterioridad a la fecha en que se presentó la declaración de renta, y se apoyó en lo señalado por los Artículos 23 y 30 del Decreto 80 de 1.984 y 150 y 165 del Código de Comercio. Las demás peticiones de la demanda fueron denegadas.

LA APELACION

La entidad demandada por intermedio de apoderado judicial, recurre en apelación la sentencia arriba reseñada. Sostiene que, a la luz del Artículo 30 del Decreto 80 de 1.984, la declaración de renta no había sido presentada ante la entidad competente, ésto es, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Cali. Señala que, para la fecha en que la Contribuyente presentó la declaración, el cambio de domicilio no había sido registrado en la Cámara de Comercio de Palmira.

La Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos Nacionales solicita de manera incorrecta que se le tenga como parte coadyuvante siendo que es la misma parte demandada que apeló. No obstante se admite su alegato en el que sostiene que el a-quo interpretó el contenido del Artículo 158 del Código de Comercio sin atender a lo dispuesto por el Artículo 165 Ibidem. Afirma que para perfeccionar el cambio de domicilio de una sociedad de manera que surta efectos ante terceros, no basta con registrar dicho cambio ante la Cámara de Comercio a la cual se está dejando de pertenecer, sino que es necesaria además la inscripción ante la Cámara de Comercio del nuevo domicilio, inscripción que solamente se vino a hacer en julio de 1.986, ésto es, después de haberse presentado la declaración de renta correspondiente al año 1.985.

OPOSICION A LA APELACION

La contribuyente guardó silencio.

CONCEPTO FISCAL

El representante del Ministerio Público se abstuvo de rendir su concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Claro quedó, tanto en la vía gubernativa como en la primera instancia del proceso surtido ante la jurisdicción contenciosa, que la sociedad contribuyente sí presentó su liquidación privada del Impuesto a la Renta correspondiente al año de 1.985. La controversia principal gira, por lo tanto, no en torno a este aspecto, sino en torno a si la autoridad de impuestos ante la cual presentó dicha liquidación, ésto es, la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira, era competente, o si por el contrario, la competente era la Administración de Impuestos Nacionales de Cali.

Afirma la apelante que la contribuyente ha debido declarar en la ciudad de Cali, de conformidad con los dispuesto en los Artículos 158 y 165 del Código del Comercio. El Artículo 158 establece que las reformas que se hagan a los contratos sociales no producen efectos frente a terceros hasta tanto no se hayan registrado en la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio de la sociedad al tiempo de la reforma. El Artículo 165 señala, que cuando la reforma consista en el cambio de domicilio, y el nuevo domicilio esté ubicado dentro de la jurisdicción de una Cámara de Comercio distinta a aquélla en la que se registró la escritura de constitución, se deberá registrar copia de esta escritura y de las demás reformas y actas de nombramiento de obligatoria inscripción en la Cámara del lugar del nuevo domicilio.

Al interpretar las normas arriba reseñadas, la entidad apelante concluye que, en tratándose del cambio de domicilio, éste no es oponible a terceros hasta tanto no se haya efectuado la inscripción a que se refiere el Artículo 165.

No comparte la Sala de interpretación que de los Artículos precitados hace la actora; cuando el Código de Comercio hace alusión al fenómeno de la inoponibilidad, lo limita al evento en que la escritura pública no se haya registrado ante la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma. Acreditado este requisito, la modificación al contrato social, así involucre el cambio de domicilio, surte efectos ante terceros.

Cuando el Artículo 165 del Código del Comercio señala que al trasladar el domicilio de una sociedad deben registrarse ante la Cámara de Comercio del nuevo domicilio la escritura de constitución y los demás documentos de obligatoria inscrip-

ción, no está supeditando al lleno de este requisito la validez de la reforma. En efecto, el traslado surte plenos efectos cuando se llenan los requisitos del Artículo 158; cosa distinta es que, por el hecho de estar la sociedad en jurisdicción de una Cámara de Comercio distinta, deba noticiar a ésta dicho cambio, y registrar ante ella las actuaciones que requieran de esta formalidad.

Señálese adicionalmente, que el contenido del Artículo 165 del Código de Comercio no puede se utilizado como sustento jurídico de una situación a todas luces inequitativa, como es el que la Administración reciba de la contribuyente, en dos ocasiones sumas de dinero correspondientes al mismo tributo y durante el mismo período. En efecto, ya la Administración de Palmira había recibido la liquidación privada de la sociedad INVERSIONES DEL SUR LTDA., la había revisado e incluso había hecho con relación a ella una corrección aritmética , que posteriormente fue revocada. Pudo haber rechazado esta liquidación, señalando la no pertenencia de la sociedad contribuyente a su territorio, pero no lo hizo.

Por lo demás, de la lectura del memorando explicativo anexo a la liquidación de Aforo 018 y del contenido de la Resolución 087, se establece que sus decisiones, en lo que respecta al domicilio de la actora, se estructuraron sobre pruebas y argumentos errados.

En efecto, señala el memorando explicativo de la liquidación de aforo, de conformidad con certificación expedida por la Cámara de Comercio de Cali el 1º de diciembre de 1.987, que la sociedad contribuyente se encontraba domiciliada en Cali. Sin embargo, la Cámara de Comercio reconoció que dicha certificación adolecía de errores, y que la sociedad de INVERSIONES DEL SUR LTDA, había trasladado su domicilio a la ciudad de Palmira mediante escritura pública que había sido inscrita ante ella el 25 de febrero de 1.986, ésto es, con anterioridad a la fecha en que se presentó la declaración de renta (fl.12 del primer cuaderno y fls. 13 y 14 del cuaderno anexo).

Así mismo, en la Resolución 087 se señala que la contribuyente ha debido declarar ante la Administración de Impuestos Nacionales de Cali dado que el traslado de domicilio solo había sido registrado el 25 de febrero de 1.986. Sin embargo, este argumento no explica la legalidad de la liquidación de aforo, puesto que como ya se ha dicho la presentación de la declaración de renta fue hecha el 5 de mayo de 1.986, fecha posterior a la del registro del cambio de domicilio, estando por lo tanto conforme con lo señalado por los Artículos 23 literal a) y 30 del Decreto 80 de 1.984.

Debe aclararse además, que carece de fundamento la afirmación de la apelante en el sentido de que el *a-quo* aplicó el contenido del Artículo 158 del Código de Comercio desatendiendo lo dispuesto por el Artículo 165 Ibidem; en efecto, a folio 8 del fallo de primera instancia se hace alusión al citado Artículo 165, pero se concluye, acertadamente, que el cambio de domicilio se perfeccionó el 25 de febrero de 1.986, fecha en que se registró la escritura pública por medio de la cual se hizo, en la Cámara de Comercio de Cali.

Finalmente, y de manera marginal puesto que no es objeto de este recurso, señálese que no encuentra la Sala en qué medida puede considerarse ilegal el Auto 478-22 del 25 de octubre de 1.989 por los motivos que se aducen en la demanda, si dicho auto lo único que hace es reconocer personería al Representante Legal de la Contribuyente y admitir el recurso de reconsideración por él interpuesto contra la liquidación de Aforo 18. Agréguese, que aún en el evento de que hubiera motivos para declarar su nulidad, no se podría puesto que con respecto de él no agotó la contribuyente la vía gubernativa.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, de fecha 6 de diciembre de 1.991, proferida por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*. *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn, Ausente*.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

RECURSO DE REPOSICION/LEGITIMACION PROCESAL/PODER ESPECIAL

El artículo 52 Decreto 01 de 1984 exige que el recurso de reposición debe interponerse personalmente por el interesado o por apoderado debidamente constituído. Para el efecto es necesario que quien actúa a nombre de otro, además de reunir las calidades que la Ley exige, acredite mediante el respectivo documento que le ha sido conferido el poder correspondiente. Naturalmente que si dentro de una de las etapas del proceso gubernativo de discusión y determinación del impuesto, o de la solicitud de devolución, tal calidad se ha acreditado y el poder comprende todo lo relacionado con la discusión gubernativa, es innecesario entonces, acompañar en toso y cada uno de dichos trámites el respectivo documento, más aún cuando el mismo debe reposar en los archivos de la administración.

PODER ESPECIAL/VIA GUBERNATIVA-Agotamiento/**ADMINISTRACION TRIBUTARIA**-Deberes

Debió la Administración al no encontrar sin causa legal el poder requerir a la sociedad contribuyente o a su apoderado para que cumpliera tal formalidad. Pero no se justifica de ninguna manera que un documento que se presentó ante la Administración desaparezca del expediente por la negligencia e incumplimiento de ésta en el deber ineludible de conservar con esmero, orden, legajos y numerados los expedientes que contengan las actuaciones administrativas ante ella adelantadas por los contribuyentes, agentes o responsables del impuesto, y que tal negligencia desorden o incumplimiento deba responder por el administrado. Si la sociedad no logró el estudio de fondo de sus pretensiones el no agotamiento de la vía gubernativa, no fue por culpa a ella imputable, y por lo tanto debió el tribunal proveer de fondo.

CUENTA CORRIENTE DEL IVA-Manejo

El cabal entendimiento del Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 comienza por recordar que desde su iniciación del impuesto a las ventas en 1985, Colombia acogió el sistema de su registro en la contabilidad de los comerciantes a través de "una corriente" cuyo saldo debe mostrar el quantum del impuesto; según el texto legal vigente en dicha cuenta, en términos generales, se acreditan los impuestos causados por la enajenación de las operaciones gravadas y se debita con los impuestos que paga y puede descontar, constituyéndose así dicha contabilización en el sustento de la declaración del impuesto a las ventas. Como ningún otro gravamen, el de VENTAS está fundamentado en la contabilización del responsable, pues en ella se registra la totalidad de los factores que lo determinan.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta
Santafé de Bogotá, D.C., noviembre seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Ref.: Expediente No. 4142 Actor: FROSST LABORATORIES INC. NIT. 60.013.692 Apelación de la sentencia del 19 de diciembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Ventas IV Bimestre de 1985. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 19 de diciembre de 1991, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para proferir fallo de mérito en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad FROOST LABORATORIES INC. NIT. 60.013.692, contra el acto administrativo que le negó la devolución de los saldos a favor por concepto de impuesto a las ventas, por el período fiscal correspondiente al IV Bimestre de 1985.

ANTECEDENTES

La actora presentó la declaración tributaria del impuesto sobre las ventas por el bimestre anotado, consignando un saldo a su favor por $1.283.066, originados en impuestos descontables pagados por contra de insumos.

Tramitada la solicitud en su oportunidad, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, no accedió a la devolución propuesta, al considerar que en la inspección contable ordenada por la Administración se estableció que la sociedad, aunque había registrado oportunamente los impuestos descontables, no llevaba la cuenta corriente del impuesto a las ventas de acuerdo con lo exigido por el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, ya que los consignaba en una cuenta de mayor y

balances denominada "Cuentas por recibir -Otras-" Código 06 subcuenta "Impuesto de Ventas - Código 06-400-010. Cuenta en la cual además se contabilizan valores de las subcuentas: empleados Código 06-100; depósitos - Código 06-200, reclamos Código 06-200, reclamos Código 06-300 y misceláneas - Código 060-500.

Contra la decisión de la Administración manifestaba en la Resolución # 001196 del 10 de Diciembre de 1985, la sociedad contribuyente interpuso recurso de reposición que fue rechazado mediante la Resolución # 0922-P del 27 de Noviembre de 1988, en razón de no haberse comprobado la personería para actuar.

Providencia con la cual se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Acudió la sociedad contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los Artículos 16, 30, 41, 43, 76 numeral 1, 12 y 22 de la Constitución Nacional; 13 y 15 del Decreto 3541 de 1983, 75 de la Ley 9 de 1983; 3 del Decreto 570 de 1984; 7 y 15 del Decreto 1813 de 1984; 30 y 31 de la Ley 52 de 1977 y 52 numeral 1 del Código Contencioso Administrativo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió fallo inhibitorio al considerar, de acuerdo con el concepto emitido por el ministerio público en primera instancia, que prosperaba la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, propuesta por el apoderado judicial de la demanda, pues revisado el expediente y especialmente lo relacionado con la solicitud de devolución no se encontró memorial contenido de poder alguno otorgado por la firma accionante a la doctora Josefina Cepeda de Pacheco, quién presentó a nombre de aquella la petición de devolución objeto de la litis, y en cambio aparece en el folio 48 del cuaderno principal un poder a ella conferido pero por una empresa distinta.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora, dice que no es posible en esta oportunidad aplicar la jurisprudencia del Consejo de Estado que considera que, cuando se interponen recursos sin el lleno de las exigencias legales no se agota debidamente la vía gubernativa, porque los recursos interpuestos por la sociedad ante la Administración, si cumplieron todos los requisitos exigidos por la Ley, incluido aquel referido al derecho de postulación con que contaba la apoderada especial de la sociedad.

Alega que para demostrar, contrariamente a las aseveraciones hechas por el Tribunal, que el poder para acreditar la personería adjetiva si fue presentado y que por lo tanto si se cumplieron los requisitos legales exigidos para el agotamiento de la vía gubernativa, se deben analizar cada una de las actuaciones realizadas a lo largo del proceso administrativo, desde la presentación de la declaración bimestral de ventas, hasta la sentencia del Tribunal.

Para el efecto señala, como en el memorial de 24 de septiembre de 1985, dirigido a la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, el representante legal de la sociedad otorgó poder especial a la doctora Josefina Cepeda de Pacheco, para diversas actividades relacionadas con el impuesto sobre las ventas, y entre ellas: "interponer recursos contra las resoluciones o liquidaciones. Memorial que fue presentado personalmente por el señor Alvaro Borda, ante el Notario Séptimo.

Como prueba de lo anterior, nuevamente acompaña el poder especial conferido a la doctora Josefina Cepeda de Pacheco, junto con el certificado de la Cámara de Comercio de la época, mediante los cuales se acredita la personería. Y que si bien es cierto que con la demanda tal como se manifiesta en la sentencia, se acompaño un poder especial conferido a la mencionada apoderada por una sociedad distinta a la actora, mediante memorial de septiembre 12 de 1991, se presentó el poder otorgado por el representante legal de FROOST LABORATORIES INC, a la doctora Pacheco, mediante el cual se demostraba su capacidad procesal en la vía gubernativa, pero que dicho documento no fue considerado por el Tribunal, sin que se hubiera expresado razón alguna para tal desconocimiento.

Pide a la Corporación considerar dicho documento conforme al Decreto 2651 de 1991, en razón de que la personería de la abogada ya había sido demostrada desde la fecha de la presentación de la declaración correspondiente al IV bimestre de 1985 y de la solicitud de devolución, especialmente, porque con ella presentó el memorial poder, cuya ausencia no anotó en manera alguna la entidad administrativa al rechazar la devolución pedida mediante la Resolución 001196 del 10 de diciembre de 1986, decisión negativa que no se fundamentó en el incumplimiento de los presupuestos procesales establecidos por la Ley tributaria para el efecto, sino en razones muy distintas.

Insiste en que la Resolución 1196 de 1985, reconoce expresamente la personería adjetiva de la apoderada especial, no solo en la parte considerativa y resolutiva, sino que también en el acto de notificación, lo hace expresamente.

Reclama que la decisión de primera instancia, es abiertamente contraria al artículo 228 de la Constitución Nacional, que establece que en las actuaciones públicas encaminadas a la administración de justicia debe prevalecer el derecho sustancial, que en el caso de la sociedad le constituía la posibilidad de obtener la devolución de los sobrantes a favor consignado en la declaración de ventas el IV Bimestre de 1985.

Pide se revoque la sentencia, se estudie de fondo el negocio, y se concedan las súplicas de la demanda.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad demandada, mediante apoderado legalmente constituído se opone a las pretensiones del apelante, para compartir la posición del Tribunal en cuanto al indebido agotamiento de la vía gubernativa, pues el expediente puesto a su consideración carecía de poder alguno otorgado por la firma accionante a la doctora Josefina Cepeda de Pacheco, y que por lo consiguiente, tanto la Administración como el Tribunal Administrativo fundamentaron su actuación en el acervo probatorio que obraba en el expediente.

Considera que la actora debió poner a disposición de las autoridades respectivas y en el momento oportuno la evidencia probatoria que le permitiera demostrar la personería adjetiva para actuar, conforme con lo señalado por el artículo 53 del Código Contencioso Administrativo.

Con relación al fondo del asunto, expresa que quedó comprobado que la sociedad, para el período en discusión, llevaba la cuenta del impuesto por pagar como subcuenta de una cuenta mayor denominada "Cuentas por Recibir -Otras-" con agrupación de otras subcuentas, no reflejándose en forma debida en el libro mayor la cuenta "Impuesto a las Ventas" por pagar", ni su ajuste a cero (0) en libro mayor, como lo exigía el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983. Tal como quedó consignado en el acta de visita, y como lo admite el propio demandante que con ocasión del recurso de reposición en la vía gubernativa anotó:

> "En esta instancia y a fin de darle cumplimiento literal a lo expuesto en el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 y sujetándonos a los diferentes conceptos que al efecto ha emitido la Dirección General de Impuestos Nacionales, se ha efectuado la apertura de una cuenta mayor bajo el Código 08, denominada impuesto a las ventas por pagar con las subcuentas 08-100 que arrojará los descuentos generados por las compras al tenor de lo establecido por el Artículo 15 del Decreto 3541 de1983 y la 08-200 en la cual se registran las cuentas por cobrar a la Administración una vez efectuados los ajustes de la cuenta impuesto a las ventas por pagar a cero en cumplimiento del literal E y parágrafo 2 del Decreto 1813 de 1984...."

Anota que de lo anterior se infiere que el responsable no estaba cumpliendo con la obligación de llevar tal cuenta a nivel de mayor o balance, como lo exige la Ley, circunstancia por él mismo confesada y presuntamente corregida pero con posterioridad al período fiscal discutido.

Pide se confirme la sentencia de primera instancia y los actos administrativos que han sido acusados ante la jurisdicción.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Delegada Sexta ante la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada merece ser revocada y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda porque, encuentra razonables los planteamientos formulados por la actora en cuanto a la personería adjetiva en el proceso gubernativo, y por demás contradictorio el hecho de que las Oficinas de Impuestos mediante Resolución # 000922 del 27 de Octubre de 1988, hubiera rechazado el recurso de reposición interpuesto por la señora apoderada de la sociedad, no obstante haber manifestado claramente en pronunciamiento anterior (Resolución # 001196 del 19 de diciembre de 1986), que por hallarse satisfecho, entre otros, el presupuesto legal de personería adjetiva, daba trámite legal a la solicitud de devolución de sobrantes, para finalmente negarla por razones de naturaleza contable. Rechazo que por no estar fundamentado en los Artículos 75 de la Ley 42 de 1977 y 52 y 53 del Código Contencioso Administrativo, resulta incuestionable, pero la Administración sin acompañar explicación válida, ni prueba alguna capaz de desvirtuar sus propias afirmaciones, tomó una decisión dejando en posición desventajosa a la contribuyente.

Estima que el dictamen pericial en la primera instancia, cuyas conclusiones no aparecen esencialmente distanciadas de las observaciones contenidas en el acta de visita levantada por funcionarios de la administración, deja establecido el cumplimiento de los requisitos de fondo y forma exigidos en la Ley para la viabilidad de las solicitudes de devolución de sobrantes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Fallo inhibitorio

El Tribunal al proferir fallo inhibitorio, atendió a la excepción propuesta por la entidad demandada por considerar que efectivamente la actora no agotó la vía gubernativa, al no haber acreditado ante la administración la personería con ocasión del recurso, pues no se encontró dentro del proceso el memorial que le otorgaba poder para representar a la contribuyente.

El artículo 52 del Decreto 01 de 1984, exige que el recurso de reposición debe interponerse personalmente por el interesado o su representante legal o por apoderado debidamente constituído.

Para el efecto es necesario que quién actúa a nombre de otro, además de reunir las calidades que la ley le exige, acredite mediante el respectivo documento que le ha sido conferido el poder correspondiente.

Naturalmente que si dentro de una de las etapas del proceso gubernativo de discusión y determinación del impuesto, o de la solicitud de devolución, tal calidad se

ha acreditado y el poder comprende todo lo relacionado con la discusión gubernativa; es innecesario entonces, acompañar en todos y cada uno de dichos trámites el respectivo documento, más aún cuando el mismo, por haberse presentado previamente, debe reposar en los archivos de la Administración.

Comparte la Sala el criterio del agente del señor Procurador, en cuanto encuentra contradictoria la actitud de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, al rechazar en la Resolución # 00922 del 27 de octubre de 1988, la personería adjetiva de la apoderada de la contribuyente para atender el recurso gubernativo, cuando previamente en la Resolución 001196 del 10 de diciembre de 1985, (fl. 000042 numeración mecánica tinta verde cuaderno de antecedentes administrativos), encuentra cumplido tal presupuesto procesal cuando se refiere a:

1) Que la doctora Josefina Cepeda de Pacheco, identificada con la C.C. # 41.395.159 y TP 31513, actuando en calidad de apoderado especial de la sociedad FROSST LABORATORIES INC., invoca el reconocimiento y devolución.

2) Entre los documentos que anota como anexos a la solicitud, en el literal 1) menciona: "Poder conferido por el representante legal de la sociedad, a la actora Josefina Cepeda de Pacheco."

Desconociendo lo anterior, inclusive su propia manifestación, no podía negar la Administración que la personería de la apoderada especial estaba comprobada.

De todas maneras, admitida la personería de la apoderada para efectos de la devolución, una vez que ésta hizo mención al susodicho documento al interponer el recurso de reposición, cuando para cumplir el requisito de la personería, dice: "se acredita mi posición de apoderada especial con el poder otorgado por el representante legal, adjunto a la solicitud de devolución de autos", debió la Administración, al no encontrar sin causa legal el mencionado poder, requerir a la sociedad contribuyente o a su apoderado para que cumpliera tal formalidad. Pero no se justifica de ninguna manera que un documento que se presentó ante la administración desaparezca del expediente por la negligencia e incumplimiento de ésta en el deber ineludible de conservar con esmero, orden, legajados y numerados los expedientes que contengan las actuaciones administrativas ante ella adelantadas por los contribuyentes, agente o responsables del impuesto, y que de tal negligencia, desorden o incumplimiento deba responder el administrativo y soportar los perjuicios que de tal conducta, tan criticable, puedan resultar.

Si la sociedad no logró el estudio de fondo de sus pretensiones, el no agotamiento de la vía gubernativa, no fue por culpa a ella imputable, y por lo tanto debió el Tribunal proveer de fondo.

No se justifica que admitida la demanda y agotadas las etapas procesales, incluída la práctica de pruebas, cuyo costos hacen más onerosa la situación de la contribuyente, se desperdicie la jurisdicción y sin hacer un análisis de fondo de la actuación

administrativa cuyos errores pone de relieve el demandante, se produzca un fallo inhibitorio.

Por estas consideraciones la providencia apelada habrá de revocarse para proceder al estudio de fondo de las súplicas de la demanda.

2. Devolución de Impuestos

EL motivo que tuvo la administración de Impuestos para rechazar la solicitud de devolución fue el hecho de haber encontrado que la sociedad no llevaba la cuenta de Impuestos a las Ventas por pagar independientemente, sino como subcuenta de una mayor, denominada "Cuentas por Recibir - Otras" y porque el ajuste de la cuenta a cero, se efectuó en el libro auxiliar y no en el mayor, según lo consigna en el acta de inspección contable y en la misma providencia que rechazó la devolución, circunstancias que imposibilitaban en ese momento el reconocimiento de la devolución pedida.

Naturaleza de la Cuenta. Impuesto a las Ventas por pagar.

El Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, señala la forma como debe llevarse la cuenta del impuesto a las ventas por pagar, de manera tal que permita determinar de su simple análisis los impuestos causados por las operaciones gravadas, los impuestos descontables y por ende el saldo a favor consignado en la declaración tributaria de este gravamen.

Con relación a la naturaleza de esta cuenta la Sala en diversas oportunidades, especialmente en el fallo de agosto 14 de 1992, Expediente 3932. Actor Purina Colombiana S.A., Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate ha dicho:

> "Las características especiales de la cuenta mayor o de balance que el Artículo 41 del decreto 3541 del 1983, exige llevar a los responsables del impuesto sobre las ventas, ha sido analizada en múltiples ocasiones por la Corporación, ya que en materia fiscal no resulta suficiente que el contribuyente pague el impuesto sobre las ventas por los Artículos o insumos adquiridos, para ser utilizados en el proceso industrial o de servicios desarrollado por el contribuyente, para que éste tenga reconocimiento fiscal.
>
> "Exige la Ley, además de la realidad del pago y de su reconocimiento expreso como descontable, que se cumplan los requisitos de fondo y de forma por ella exigidos para que proceda su aceptación.
>
> "En materia del impuesto sobre las ventas si bien el Decreto 3541 de 1983 en sus Artículos 27 y 28 reconoce los saldos a favor de los responsables y el derecho a la devolución en el caso de productores y exportadores, cuando "se originen en un exceso de impuestos descontables sobre el impuesto generado

por las operaciones gravadas", para el reconocimiento de dichos descuentos exige que el impuesto se haya pagado sobre bienes o servicios que resulten computables como costo o gasto de la empresa, destinados a las operaciones gravadas con el impuesto, que su contabilización se efectúe en el período fiscal correspondiente a la fecha de causación, o en uno de los dos períodos bimestrales inmediatamente siguientes y que su solicitud se formule en la declaración del período en el cual se haya efectuado su contabilización.

"No obstante, dada la naturaleza de indirecto de este impuesto en que primordialmente el responsable actúa como recaudador, quizo el legislador establecer como requisito de fondo y medio de control y de cuantificación del tributo, una cuenta corriente específica para el manejo del impuesto, cuya creación y forma de llevar previó expresamente en el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, y así mismo ordenó la oportunidad de los registros en dicha cuenta, tanto del impuesto causado por las operaciones gravadas como el de los impuestos pagados por los insumos utilizados en los procesos de fabricación o comercialización de bienes y prestación de servicios gravados y el término para su solicitud en la declaración tributaria correspondiente.

1) CONTABILIZACION DEL IMPUESTO

"Con relación a este aspecto la Sala en sentencia de marzo 13de 1992, expediente 3557, Actor Procesadora de Leche, reiteró: "Al contrario de lo expuesto por el Tribunal de Antioquia y que, según aparece, ha sido su criterio en varios providencias que cita en la sentencia apelada, la disposición del Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 que ordena a los responsables del impuesto a las ventas, sometidos al régimen común, llevar una cuenta Mayor o de Balance cuya denominación será "IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR" y que se maneja en la forma allí descrita, no es un aspecto méramente formal que puede cambiarse al libre capricho de los obligados.

"Dispone la citada norma:

"CAPITULO X CONTABILIDAD Y FACTURACION

Artículo 41. Los responsables del impuesto sobre las ventas sometidos al régimen común, incluídos los exportadores, deberán llevar un registro auxiliar de ventas y compras y una cuenta mayor o de balance cuya denominación será IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR, en la cual se harán los siguientes registros: En el haber o crédito:

a) El valor del impuesto generado por las operaciones gravadas.

b) El valor de los impuestos a que se refieren los literales a) y b) del Artículo 16 del presente Decreto.

En el debe o débito:

a) El valor de los descuentos a que se refiere el Artículo 15 del presente Decreto.

b) El valor de los impuestos a que se refieren los literales a) y b) del Artículo 14 del presente Decreto, siempre que tales valores hubieren sido registrados previamente en el haber. Los responsables ..... que se acojan al régimen simplificado....."

"El cabal entendimiento de esta norma debe comenzar por recordar que desde su iniciación del impuesto a las ventas en 1965, Colombia acogió el sistema de su registro en la contabilidad de los comerciantes a través de una "cuenta corriente" cuyo saldo debe mostrar el quantum del impuesto; según el texto legal vigente en dicha cuenta, en términos generales, se acreditan los impuestos causados por la enajenación de las operaciones gravadas y se debita con los impuestos que paga y puede descontar, constituyéndose así dicha contabilización en el sustento de la declaración del Impuesto a las Ventas.

"Como ningún otro gravamen, el de VENTAS está fundamentado en la contabilidad del responsable, pues en ella se registra la totalidad de los recursos que lo determinan y los mismos soportes y comprobantes de la contabilidad lo son igualmente del impuesto. Tan fundamental es dicha cuenta que su saldo es el reconocido por la Ley como su monto, ya sea a cargo o a favor del responsable.

"La Ley quiso que fuera "una cuenta y no una subcuenta, porque se requiere que no esté mezclada con otra clase de registros, aún los que sean a favor o a cargo del Estado (como pueden ser otros impuestos); e igualmente quiso que fuera un cuenta "Mayor o de Balance", que en la técnica contable se diferencia de las de resultado y obliga su figuración especial en el libro Mayor, y en el Balance y Estados Financieros debe mostrarse con este carácter, además en principio su localización corresponde al grupo de las cuentas del pasivo y no del activo, por estar diseñada para el común de los responsables que generalmente muestran saldo a cargo y por eso se denomina impuesto "por pagar" y no por cobrar.

"Muchas más características podrían deducirse del mencionado régimen contables establecido en el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 y disposiciones concordantes, para los efectos de esta providencia basta agregar que lo normal es que el legislador disponga sobre la generalidad de lo que sucede y no sobre lo excepcional, pero también que cuando la Ley manda algo y en forma clara, a ella hay que obedecer y no es permitido el intérprete adoptar lo contrario so pretexto de consultar su espíritu a los dictados de una "técnica" que, contrario a lo que se supone, el legislador también conocía y concretamente el legislador extraordinario de 1983.

"La independencia de la cuenta, su claridad y su simplicidad en el manejo, establecidos por la Ley, son características que no solo facilitan al contribuyente el cumplimiento de sus obligaciones sino al Gobierno ejercer la facultad fiscalizadora que se concreta en las visitas de auditoría contable".

El caso Sub-lite

Como se anotó anteriormente, la inspección contable practicadas por la Administración de Impuestos, señala que la sociedad no llevaba la cuenta corriente del impuesto sobre las ventas con sus correspondientes registros débitos y créditos en una cuenta única e independiente y que además, tampoco había saldado la cuenta en el libro mayor a cero (0).

Con el fin de desvirtuar el acta de inspección contable, la actora solicitó un dictamen pericial, que fue decretado por el a-quo y que obra a folios 138 a 148 del cuaderno principal, en el cual los peritos María Edilma Amaya Amaya y Jorge Armando Borda Cabra, responden al cuestionario formulado por el apoderado de la demandante en el ordinal 11 del acápite de pruebas (fls. 25 a 27 del cuaderno principal), del cual no se infiere nada diferente de lo planteado en el acta de visita de la inspección contable practicada por la Administración de Impuestos Nacionales. En efecto, la primera pregunta se refiere a los libros principales y auxiliares que llevaba la sociedad, hecho ya establecido por la inspección contable.

La segunda, tercera y cuarta, se refieren al hecho de si la sociedad llevaba la cuenta mayor o de balance, su Código y sus subCódigos, pero no contradicen ni prueban en contra de la afirmación de la Administración de Impuestos, de no llevarse a manera principal y no como subcuenta mezclada con otros conceptos. (Acta de visita página 2 numeral 3, folio 19, cuaderno de antecedentes administrativos).

Pero esencialmente la pregunta # 5, del cuestionario dice: "se establezca si al abonar el libro diario la cuenta mayor "Impuesto a las Ventas por Pagar" por un valor igual a los cargos, el resultado aritmético es cero (0).

Consecuente con la pregunta, el dictamen responde: "contablemente al abonar y cargar la cuenta mayor "Impuestos a las Ventas por Pagar", por un mismo valor o cifra se obtiene una igualdad aritmética de cero (0)", aseveración, que tampoco contradice la falta del ajuste de la cuenta a cero (0) que detectó la Administración.

De otra parte el comprobante de diario 0099 del 22 de noviembre señala que para efectos de esta igualada matemática la cuenta se abonó y cargó por un mismo valor, cuando el saldo a favor, debía resultar de los asientos débitos y créditos ocasionados por el impuesto a pagar por las operaciones gravadas y el valor de los impuestos descontables.

Pero es especialmente importante la respuesta de la pregunta # 6, cuando afirma: "la anterior cifra ($1.283.066) que cruzada (sic) con el libro mayor de la socie-

dad demandante en el folio 00091 del mes de noviembre de 1985, en la cuenta Código # 06 "**Impuesto Ventas por Recibir -Otras**"." (Subraya la Sala), lo cual confirma el cargo formulado por la Administración, no solo de no llevar la cuenta del impuesto sobre las ventas de manera independiente sino que, a la fecha de presentación de la solicitud 28 de octubre de 1985, no se saldó la cuenta a cero, pues el dictamen señala que el abono y cargo de la cifra de $1.283.066, se hizo en el mes de noviembre de 1985 y no en agosto de 1985 como incorrectamente pregunta el apoderado de la parte demandante.

Así mismo la respuesta a la pregunta 10, señala que el saldo del impuesto a las ventas (Código 006-400) por valor de $3.097.239.03, cifra que según la respuesta # 9, está conformada por el valor débito de agosto y saldo favor de bimestres anteriores, se llevó a diciembre 31 del año de 1985, a la "Cuenta por recibir -Otras" por valor de $5.205.918.38, conformada entre otras por la suma de los $3.097.239, que comprende a su vez el saldo ya pedido por devolución.

En conclusión el dictamen permite deducir a la Sala, que efectivamente la cuenta de Impuesto a las Ventas, no responde a las exigencias del Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, como antes se analizó y en consecuencia no es posible acceder a las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1) REVOCASE la sentencia apelada.

2) DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate. Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Ausente.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

NOTA RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de sentencia de 14 de agosto de 1992, Exp. 3932, Actor: Purina Colombiana S.A., Ponente Dr. JAIME ABELLA ZARATE.

DECLARACION TRIBUTARIA /ANEXOS/INFORMACION TRIBUTARIA/ ERROR ARITMETICO

No solo a la declarante le era vedado alterar o complementar los items propios de la forma oficial preimpresa de su declaración, sino a la Administración se imponía el rechazo *in limine* de tales variaciones, encontrándose de suyo impedida para valorar a reconocer el mérito de las mismas como elementos de juicio de un pronunciamiento en torno de la coherencia simplemente aritmética. El movimiento de conceptos y cifras presentado al dorso de la declaración, requería el análisis jurídico fiscal sobre la admisibilidad de los items de la "conciliación" lo que es incompatible con la elemental función revisora de la Administración. No debiendo tampoco por mandato legal admitir complementaciones o anexos de la declaración, ni examinar en el fondo la procedencia de estos, se hallaba la administración relevada de su valoración como prueba de error aritmético aunque esta manifiesta su incursión en éste.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta
Santa Fé de Bogotá D.C. noviembre seis de mil novecientos noventa y dos.

Ref: Radicación 4182, Apelación sentencia de abril 29 de 1.992 Tribunal de Risaralda en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta por el año gravable de 1.988. Actor: Cano Navarro y Cía. Ltda. FALLO.

Magistrada Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la Sala el recurso de apelación que, por conducto de apoderado,interpone la sociedad CANO, NAVARRO Y CIA., CONFECCIONES CAMELIA, S.A. (antes, CANO, NAVARRO Y CIA. LTDA. CONFECCIONES CAMELIA), la actora, contra

la sentencia de primer grado, de 29 de abril de 1.992, denegatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en el contencioso de restablecimiento fiscal promovido en relación con actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1.988, a saber, la liquidación de corrección aritmética #0503 de 16 de abril de 1.991 y la resolución #017 de 19 de junio del mismo año, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira.

ANTECEDENTES:

La corrección se explica, por error aritmético incurrido "en la determinación de la renta líquida gravable"; se fija el mayor impuesto por paga, se ajusta al anticipo por 1.989 y se aplica sanción por corrección. El acto es confirmado íntegramente en la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Dice infringidos, en primer lugar, los artículos 697 y 698 del Estatuto Tributario, por cuanto al reverso de la declaración de renta del período, se habría explicado el contenido de sus renglones 26 ("renta líquida") y 30 ("renta líquida gravable"), el cual estaría dado por "el porcentaje de los componentes inflacionarios que no se tienen (sic) en cuenta para los ingresos y las deducciones, los intereses presuntos sobre los saldos de los socios, los intereses exentos y la ganancia ocasional", sin omitir cifras ni cambiar las bases gravables.

La renta Líquida (renglón 26, $37.095.475), ajustada por tales factores, habría conducido a la renta gravable (renglón 30, $34.761.146), sin lugar al error aritmético aducido. Al respecto, se producen apartes de la sentencia del Consejo de Estado, de 9 de octubre de 1.987, citados, a su vez, por la resolución el recurso gubernativo.

En segundo término, los Artículos 2 y 29 de la Constitución y 683 del Estatuto Tributario, por no haberse buscado la justicia y equidad, sino recurrido, "al método simplista descrito en la hoja #2 de la declaración (sic) así: "en consecuencia, una vez analizada la declaración con el listado y el valor calculado por el computador, se procede a corregir en los siguientes términos ", de lo cual surgiría que si las cifras suministradas al computador eran diferentes a las relacionadas en la declaración, se iba a producir un resultado distinto.

LA SENTENCIA APELADA:

Puntualiza que la demandante utilizó equivocadamente el formulario de declaración, si pretendía que el componente inflacionario de algunos ingresos no figurara

como parte de su renta, pese a la nota de conciliación colocada al reverso de la declaración, pues, de un lado, tales ingresos no constitutivos de renta o ganancia ocasional se debía anotar en el pertinente renglón; y, de otro, conforme a los Artículos 578 y 596 del Estatuto Tributario, siendo el formulario oficial de uso obligatorio y requisito formal de la declaración, quedaba excluída la posibilidad de que se alterara su estructura, de modo que "la conciliación referida (era) jurídicamente irrelevante".

Así mismo, que la cuestión relativa a si los valores aludidos tenían, o no, el carácter de componente inflacionario, deducciones o rentas no gravadas, era ajena al concepto de error aritmético, por consistir éste, simplemente, en equivocaciones en operaciones matemáticas de la declaración.

Y que, en el caso, el error cometido encajaría en tal presupuesto, por que la declarante, no obstante "haber declarado como renta líquida la suma de $37.095.475 (renglón 26) y como renta exenta, cero (renglón 29), el resultado equivocado consistió en anotar como resultado de la resta que ordena el renglón 30, un valor inferior al de $37.095.475", estableciéndose una cifra incorrecta, según declaración, como base del impuesto, que se reflejaría en la liquidación de etc.

EL RECURSO DE APELACION:

Insiste en que la sociedad no evadió impuesto alguno, sino que trató de explicar algunas partidas o renglones, que la Administración entendió como error aritmético, en contradicción del Artículo 697, numeral 3, del Estatuto Tributario, según el cual, el error por sí mismo no sería sancionable, pues se requeriría que la equivocación causara un perjuicio al fisco, lo que no habría ocurrido aquí.

Tiene por errada la sentencia, en cuanto al razonamiento sobre el cálculo de la base gravable, supuesto que al reverso de la declaración se explicaba la forma en que se había obtenido ésta, dado que, "en los renglones tan pequeños (de la primera cara) no era posible tal explicación" (paréntesis fuera de texto).

La renta gravable para la tasación del impuesto, sería la misma que arrojaron los resultados financieros de la empresa, de acuerdo con "el experticio rendido por el señor Nelson Echeverri Cano". no habiéndose dado la evasión del gravamen, como lo habría admitido la sentencia cuando dijo, que no tenía importancia que los valores fueran gravados o exentos, sino que lo pertinente era estudiar si la actuación configuraba error aritmético; no se habría tenido en cuenta, pues, si tal actuación causaba perjuicio al fisco, sino que se habría acogido una fórmula simplista de utilización, o no, de un determinado papel o renglón".

LOS ALEGATOS:

La parte demandada sostiene, en resumen:

Al realizarse la operación aritmética del renglón 30 de la declaración se anotó un valor equivocado, pues siendo el valor del renglón 26 (renta líquida, $37.095.475) mayor que el renglón 28 (renta presuntiva, $10.239.843), y no habiéndose declarado ningún valor en el renglón 29 ("renta exenta", -0-), el valor de la operación ("sumatoria (sic)") debió ser necesariamente $37.095.475, por lo que la actuación enmarca en la conducta descrita por el numeral 3 del Artículo 697 del Estatuto Tributario, generándose error aritmético, susceptible de corrección mediante liquidación oficial.

El error se tradujo en un menor valor del impuesto a cargo (FU, renglón 39) del que habría resultado si la operación se hubiera realizado correctamente.

La Administración no discute ni cuestiona los conceptos o la procedencia de las bases gravables, pues, esto sería materia de una liquidación de revisión, sino el error en la operación aritmética partiendo, precisamente, de la base de que los factores declarados eran correctos.

La partida que se pretendió conciliar al reverso del formulario ("la parte que corresponde al componente inflacionario de los rendimientos financieros"), tenía en el cuerpo del formulario el concepto, "menos: ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional" (renglón 15), de modo que, para tal conciliación, no servía la excusa del tamaño de los renglones.

La demandante ha admitido, desde que presentó el recurso gubernativo, que "**el error** es de presentación en la declaración de renta, que en ningún momento tenía como objetivo defraudar al fisco" (Subrayas en el texto del alegato).

Si, de conformidad con el Artículo 596 del Estatuto Tributario, la declaración se debía presentar en el formulario señalado por la Dirección de Impuestos Nacionales y éste debía estar "debidamente diligenciado", la declarante no podía abstenerse de efectuar una operación claramente indicada en el cuerpo de dicho formulario para determinar la base gravable, ni consignar cifras a sabiendas de su inexactitud, sin incurrir en el error, siendo inobjetable la procedencia de la sanción.

A su turno, la Señora Procuradora Sexta Delegada ante esta Corporación, Doctora Ana Margarita Olaya de Obando , dice que si bien los argumentos de la sentencia son claros, no son afortunados, pues el error aritmético discutido no se tipificaba en los términos del Artículo 697 del Estatuto Tributario citado, ni ameritaba la liquidación de corrección, teniendo en cuenta que, ésta, por su exclusiva finalidad, no debía "ir más allá de rectificar los yerros numéricos provenientes de operaciones matemáticas, para no incurrir en el indebido agotamiento de la facultad de revisión".

Del examen del formulario de la declaración presentada, extrae que la actuación administrativa, "altera de fondo los datos básicos contenidos en aquélla, al tomar como renta líquida gravable la suma $37.095.475, declarada como renta líquida en el renglón 26, y no la de $34.761.146, incluída en el renglón 30, tachándola de errada, sin tener en cuenta las operaciones matemáticas contenidas en la misma declaración tributaria, a manera de explicaciones anexas a ella, en las cuales se indican las cifras y las razones que demuestran por qué no pueden ser iguales los guarismos registrados en cada uno de los renglones mencionados".

Se aparta, pues, el criterio, según el cual, los ajustes explicados al respaldo de la declaración, constituían enmienda de ésta, y no la oportuna ampliación de la información, ya que, como lo expresó la actora, su objeto no era otro que el de aportar mejores datos, obviando la falta de renglones disponibles dentro del formulario autorizado, resultando extraño que la Administración, "no hubiera valorado la totalidad de la información que obra dentro de la respectiva declaración, pasando por alto el concepto de que la liquidación privada y los anexos conforman un todo y representan una confesión indivisible amparada por la presunción de veracidad, cuyos datos básicos no puede la Administración modificar caprichosamente, sino observando las exigencias legales inherentes al proceso de fiscalización, cuya iniciación en todo caso impone el envío al contribuyente de un requerimiento que le permita el ejercicio de su derecho de defensa".

Pide revocar la sentencia y acoger las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Sin embargo de las ponderadas apreciaciones de la Señora Procuradora Delegada, lo cierto es que no solo a la declarante le era vedado alterar o complementar los items propios de la forma oficial preimpresa de su declaración, sino que a la Administración se imponía el rechazo de tales variaciones, encontrándose, de suyo impedida para valorar o reconocer el mérito de las mismas como elementos de juicio de un pronunciamiento en torno de la coherencia simplemente aritmética de los guarismos así declarados.

En efecto, en primer lugar, por expresa disposición de los Artículos 4, inciso 1, del Decreto 2503 de 1.987 y 20 del Decreto reglamentario 290 de 1.989 (febrero 8), que regían cuando se radicó la declaración de renta del período discutido, el 16 de junio de 1.989, se debía presentar ésta, "en los términos que prescriba la Dirección General de Impuestos Nacionales" (excepto autorización expresa en sentido diferente), "sin acompañar ningún tipo de anexos, pruebas, relaciones, certificados o documentos adicionales, los cuales deberán conservarse por parte del declarante de acuerdo con las normas vigentes", prescripciones y prohibiciones que, necesariamente, debían acatar las partes o los terceros comprometidos en la observancia de las normas legales inherentes al debido cumplimiento de la obligación de declarar, la contribuyente, absteniéndose de utilizar casillas, renglones, códigos o descripciones no pre-

vistos en el formulario oficial, el banco autorizado para la recepción, negándose a efectuar ésta, y la Administración, rehusando el estudio de cualquier modalidad de anexo que hubiera eludido el control de recepción documentaria, al menos en cuanto a las verificaciones numéricas.

En segundo lugar, como se desprende del Artículo 40 del citado Decreto 2503 de 1.987, el examen del controvertido error se debía contraer a la mera verificación sobre la exactitud numérica de los "resultados", o correcta implicación de poner en una relación aritmética dada, dos o más factores computables entre sí, sin razonamiento lógico o jurídico alguno en cuanto a la naturaleza o caracteres esenciales de éstos. El movimiento de conceptos y cifras presentando al dorso de la declaración, requería el análisis jurídico fiscal sobre la admisibilidad de los items de la "conciliación", aparte de tener que verificarse su propia exactitud matemática, actos claramente incompatibles con la elemental función revisora de unos cálculos aritméticos.

No debiendo la Administración, por mandato legal, admitir complementaciones o anexos de la declaración (distintos de las correcciones espontáneas o provocadas, Artículos 37 y siguientes, Decreto 2503 de 1.987, y 8, Ley 84 de 1.988), ni examinar en el fondo la procedencia de éstos, se hallaba relevada de su valoración como prueba del error aritmético en discusión; y dado que la incursión en el mismo es manifiesta, pues una cifra de renta líquida ordinaria ($37.095.475, renglón 26), de la que solo cabía restar la "renta exenta" (-0-, renglón 29), debía acusar una "renta líquida gravable" (renglón 30) que corresponde exactamente a la diferencia entre los dos primeros items, esto es, $37.095.475, ya que no se había informado exenciones de renta, fue correcta la actuación de la Administración.

En conclusión, no está llamado a prosperar el recurso de que se conoce.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate. Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Ausente.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

LIBROS DE CONTABILIDAD-Obligatoriedad/**LIBRO DE INVENTARIOS Y BALANCES/COMERCIANTE**-Obligaciones

No existe en el Código de Comercio norma alguna que señale de manera taxativa los libros que debe llevar el comerciante, ni el Artículo 48 establece de manera expresa que debe llevarse el libro de inventarios y balances, pero de esta circunstancia no puede inferirse la no obligación de llevar el libro mencionado porque tal obligación surge no solo del Artículo 48 del C. de Co. sino especialmente del Artículo 52 ibídem que obliga a los comerciantes, al iniciar sus actividades y por lo menos una vez al año, a elaborar un inventario y un balance general que permitan conocer de manera clara y completa la situación de su patrimonio. Es de entender que para cumplir con tal deber, se requiere el uso de tal libro más cuando el objeto social implica la existencia de activos fijos y activos movibles o mercancías al final del ejercicio.

LIBROS DE CONTABILIDAD/SANCION POR LIBROS-Procedencia.

Establecida por la Ley la obligación de llevar los libros mercantiles y entre ellos indudablemente, para todos lo comerciantes sin excepción, el de inventarios y balances, el registro de las operaciones debe hacerse, como lo señala el artículo 50 de manera que suministre la historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante, y con sujeción a las reglamentaciones que expida el Gobierno. Probado como esté en el *sub-lite* el atraso del registro a la sanción por libros. Además, siendo la contabilidad una sola, si cualquiera de los libros destinados para el efecto no se refleja en ella, el verdadero movimiento de la sociedad, exigido por el C. de Co. hecho contitutivo de irregularidad.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta
Santafé de Bogotá, D.C., noviembre seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Ref.: Expediente No. 4194 Actor: MULTICENTROS S.A. (Antes PEDRO GOMEZ Y CIA. S.A.) NIT. 60.023.973 Apelación de la sentencia del 20 de marzo de 1991, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Sanción por libros 1985. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 20 de marzo de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad MULTICENTROS S.A. (antes PEDRO GOMEZ Y CIA. S.A.) NIT. 60.023.973, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá le impuso sanción por libros de contabilidad, por el período gravable de 1985.

ANTECEDENTES

Previa inspección a la contabilidad de la sociedad contribuyente ordenada por auto comisorio # 178 del 27 de mayo de 1985, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, por Resolución # 040014 del 9 de enero de 1987, le impuso sanción por libros de contabilidad por valor de $7.297.411, con fundamento en el atraso de más de tres, encontrado en el libro de Inventarios y Balances cuyo último asiento se registró a diciembre 31 de 1983.

Contra dicho acto administrativo, la sociedad contribuyente ejercitó los recursos de reposición y apelación por la vía gubernativa, que fueron resueltos mediante las Resoluciones 000099-P del 24 de octubre de 1988 de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, Grandes Contribuyentes y 00002 del 2 de diciembre del mismo año, de la Dirección de Impuestos Nacionales, que confirmaron la sanción impuesta.

LA DEMANDA

La sociedad contribuyente acude ante la Jurisdicción Contenciosa acusando al acto administrativo de ser violatorio de los Artículos 49 y 53 del Código de Comercio y 56 del Decreto Legislativo 3803 de 1982. Porque atendiendo al contexto literal del Artículo 49 del Código de Comercio, no existe norma que la obligue a llevar el libro mayor del inventario y balances y ya que el decreto 1098 de 194 que lo establecía no estaba vigente porque siendo norma reglamentaria del Decreto 1366 de 1967 quedó expresamente derogado por el artículo 143 del Decreto 2053 de 1974.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 20 de marzo de 1992, denegó las súplicas de la demanda al considerar que los argumentos dados por el libelista para fundamentar la violación del Artículo 49 del Código de Comercio, no eran aceptables porque era preciso referirse también a los Artículos 50, 52 y 53 del mismo ordenamiento, que aún cuando no denominan los libros que deben llevar los comerciantes, si señalan determinadas obligaciones suyas, cuyo cumplimiento requiere de, por lo menos, los libros Mayor, Diario y el de Inventarios y Balances, pues solo con ellos se puede cumplir estrictamente con las normas contables relativas al sistema de partida doble (artículo 50), el inventario y el balance general (artículo 52) y el registro cronológico de las operaciones mercantiles (artículo 53).

Que el segundo argumento del libelista consistente en que el inciso final del Artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, se refiere al "atraso en libros de contabilidad", de donde se deduce que el atraso en uno solo de los libros no configura la conducta típica sancionable, no es admisible porque el sentido obvio de la norma en estudio es de que no se requiere el atraso en todos los libros para hacerse acreedor de la sanción de que se trata.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora, al apelar la sentencia insisten en la no obligación de la demandante para llevar el libro de Inventarios y Balances y afirma que existen conceptos de la Dirección de Impuestos Nacionales, posteriores al citado por el Tribunal y aplicables de manera específica a los contribuyentes vigilados por la Superintendencia Bancaria, en donde se establece que no están obligados a llevar el mencionado libro de contabilidad.

Pide se revoque la sentencia y se acceda favorablemente a las súplicas de la demanda.

OPOSICION A LA APELACION

La apoderada judicial de la Nación se opone a los planteamientos hechos por el apelante y manifiesta que el Artículo 33 del Decreto 2821 de 1974, señala que para efectos fiscales la contabilidad de los comerciantes debe sujetarse a lo dispuesto en el título IV del libro I del Código de Comercio es precisamente en este título donde se ordena en el artículo 48 la obligación de todo comerciante de conformar su contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general, a las disposiciones del Código y demás normas sobre la materia. Que el artículo 52 del mismo ordenamiento establece la obligación de llevar el libro de inventarios y balances al señalar que: "al iniciar sus actividades comerciales y por lo menos una vez al

año, todo comerciante elaborará un inventario y un balance general, que permitan conocer de manera clara y completa la situación de su patrimonio" y que así mismo el artículo 445 *ibídem*, señala la obligación para las sociedades anónimas, de cortar sus cuentas a 31 de diciembre, y producir el inventario y balance general de sus negocios.

Concluye que establecida la obligación por la misma ley, no puede aceptarse que los conceptos emitidos por entidades oficiales suplan lo en ella preceptuado.

Pide se confirme la sentencia apelada.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Tercer Delegado del Procurador General de la Nación ante esta Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe ser confirmada, porque el planteamiento hecho por la sociedad en el sentido de que los Artículos 49 y 53 del Código de Comercio no indican cuales son los libros que obligatoriamente deben llevar los comerciantes, y que por lo tanto no se justifica la sanción por el atraso en un libro que la Ley no exige, es totalmente equivocado, por dos razones fundamentales: la primera, porque el Artículo 56 inciso 3 del Decreto 3803 de 1982, no dice que la sanción deba aplicarse cuando exista atraso en los libros que la Ley define como obligatorios sino cuando exista atraso en los libros (en general) que lleve el comerciante; que la sociedad llevaba el de inventarios y balances pero éste presentaba la irregularidad que la norma señala como sujeta a sanción; y la segunda, porque el Artículo 52 del Código de Comercio dispone que el iniciar sus actividades comerciales y, por lo menos, una vez al año, todo comerciante elaborará un inventario y un balance general que permitan conocer de manera clara y completa la situación de su patrimonio.

Que expuestos los razonamientos legales, por el Tribunal, el apoderado de la sociedad al sustentar el recurso de apelación, no los cuestione sino que se limita a comentar otra argumentación que expresó el *a-quo* sobre una recomendación de la Superintendencia Bancaria sobre los libros obligatorios para el comerciante y a sostener que existen conceptos de la Dirección de Impuesto Nacionales que plantean una solución en contra. Afirmación que aún cuando fuera cierta, no podría tomarse como fundamento para revocar la sentencia recurrida puesto que las decisiones de la jurisdicción deben apoyarse no en las opiniones de cualquier organismo administrativo sino en la Ley (Artículo 230 Constitución Nacional).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto fundamental de la litis está en determinar si la actora se hizo acreedora a la sanción impuesta por no llevar al día el libro de inventarios y balances.

Como lo expone la sociedad actora no exista en el Código de Comercio norma alguna que señale de manera taxativa los libros que debe llevar el comerciante, ni el Artículo 48 establece de manera expresa que debe llevarse la no obligación de llevar el libro mencionado, porque contrariamente a lo expresado por la actora tal obligación surge no solo del artículo 48 del Código de Comercio, que expresamente preceptúa:

> "Todo comerciante conformará su contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general, a las disposiciones de este Código y demás normas sobre la materia....)" (Subraya la Sala).

Sino especialmente del artículo 52 del mismo Código que obliga a los comerciantes, al iniciar sus actividades y por lo menos una vez al año, a elaborar un inventario y un balance general que permitan conocer de manera clara y completa la situación de su patrimonio.

Es de entender que para el cumplimiento de tal deber, se requiere el uso del libro correspondiente cual es el de inventarios y balances, más aún cuando el objeto social que cumple la compañía, según reza el certificado de Cámara de Comercio, que obra a folios 10 a 13 del cuaderno principal, es la venta de inmuebles y la administración de bienes propios y ajenos, actividad que necesariamente implica la existencia de activos fijos y activos móviles o mercancías al final del ejercicio, a cuyo inventario obliga la Ley, para ser reflejados luego en el balance de la sociedad exigido expresamente por el artículo 445 del mismo ordenamiento jurídico, de manera tal que refleja en forma clara y completa su situación patrimonial, especialmente para protección de los terceros con quienes negocia y para la efectiva vigilancia del Estado.

Establecida por la ley la obligación de llevar los libros mercantiles entre ellos indudablemente, para todos los comerciantes sin excepción el de inventarios y balances, el registro de las operaciones debe hacerse como lo señala el artículo 50 de manera que suministra la historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante, y con sujeción a las reglamentaciones que expida el Gobierno.

Es precisamente al Presidente de la República a quien corresponde como Jefe del Gobierno a ejercer la potestad reglamentaria, sin que en manera alguna le esté permitido al ejercer dicha atribución prever en contra de la ley, extender o limitar sus alcances, y en caso de contradicción de las normas debe prevalecer siempre la se superior categoría.

Por lo tanto, no pueden los particulares pretender que con conceptos u opiniones emitidos por funcionarios, que carecen absolutamente de la potestad reglamentaria, se pueda desconocer el carácter imperativo de la ley o enervar los efectos que de ella se derivan.

Tan conciente fue la sociedad de su obligación de llevar el libro de inventarios y balances que lo registró en la Cámara de Comercio como se lo exigió la ley, solo que se abstuvo de contabilizar periódica y oportunamente las operaciones exigidas.

La oportunidad del registro de operaciones se infiere del artículo 56 inciso 3 del Decreto 3803 de 1982, vigente entonces que preceptúa:

> "....La sanción de que trata este Artículo también se aplicará cuando existiere atraso en los libros de contabilidad. Para tales efectos, se considera que los libros de contabilidad deben estar al día, a más tardar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de las respectivas operaciones."

Entonces, probado como está dentro del proceso el atraso del registro de operaciones exigidas, no hay duda que el contribuyente se hizo acreedor a la sanción por libros establecida por los Artículos 34 del Decreto 2821 de 1974 y 56 del Decreto 3803 de 1982. Además, siendo la contabilidad una sola, si cualquiera de los libros destinados para el efecto no registra oportunamente sus operaciones, ello indica que no se refleja en ella, el verdadero movimiento de la sociedad, exigido por el Código de Comercio, hecho constitutivo de irregularidad conforme al numeral 3 del primero de los artículos citados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

1) CONFIRMASE la sentencia del 20 de marzo de 1992, proferida en el juicio 6983 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2) RECONOCESE a la doctora María Cristina Ramírez Londoño, como apoderada de la demanda a términos del poder que obra a folio 105 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate. Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

FACULTAD IMPOSITIVA/CONGRESO/COMPETENCIA FUNCIONAL/INGRESOS EN DIVISAS.

Corresponde únicamente al legislador, establecer mediante normas de carácter general los tributos a cargo de los asociados y por consiguiente es el único que puede establecer excepciones a las mismas, sin que puedan pretender los particulares, en virtud de estipulaciones contractuales, sustraerse del imperio de la ley, pues si bien los contratos son Ley entre las partes, no son oponibles al físico para enervar los efectos de la Ley tributaria . Es la Ley la que la que determina que los ingresos percibidos en divisas se estiman en pesos por el valor de aquellas a tiempo de percibirse o efectuarse el pago y es la Ley también la que establece que si se lleva contabilidad por el sistema de causación, se entiende percibido el ingreso cuando hace el derecho a exigir su pago, así no se haya hecho efectivo el cobro.

INGRESO EN DIVISAS/DIFERENCIA EN CAMBIO

Estando comprobado que la contribuyente lleva su contabilidad por el sistema de causación, ha de concluirse que la sociedad percibió el ingreso durante el ejercicio de 1984, y para efectos impositivos si bien los devengó en dólares deben traducirse a pesos colombianos, por el valor de la divisa al momento del pago, sin que proceda alegar que celebrado el contrato en dólares, no hay ingreso que constituya renta por concepto del diferencia cambiario que genera la divisa, ya que el ingreso se establece no en términos de divisas sino en pesos, moneda de curso legal en Colombia. El tratamiento tributario dado a dicha diferencia en cambio, no podía ser aceptado porque los beneficios fiscales exige norma que los consagre y en material de ingresos no existe en 1984 ninguna disposición que permita excluir de la base gravable los ingresos por diferencia de cambio..

DIFERENCIA EN CAMBIO/ COMPONENTE INFLACIONARIO/ INGRESO NO GRAVABLE

La Ley 75 de 1986 por primera vez en la legislación tributaria, estableció en su artículo 28 que no constituía renta ni ganancia ocasional el componente inflacionario de los rendimientos financieros en los porcentajes que allí se determinan y Decreto 2686 de 1988 Artículo 6. dispuestos que el ingreso originado en el ajuste por diferencia de cambio se asimilará a rendimientos financieros. Según dichas normas, a partir de 1986, el reajuste por diferencia de cambios, en el porcentaje establecido en la Ley no constituye renta ni ganancia ocasional, como una excepción expresa al principio general del Artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 y la cual no existía en 1984.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, noviembre seis de mil novecientos noventa y dos.

Ref.: Radicación 4203. Apelación sentencia de abril 10 de 1992, Tribunal de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Actor: Morrison Knudsen International Company Inc. FALLO.

Magistrada Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Nación contra la sentencia del 10 de abril de 1992, mediante la cual el tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad MORRISON KNUDSEN INTERNACIONAL COMPANY INC. Nit. 860.069.725, contra la liquidación oficial mediante la cual la Administración de Impuesto Nacionales de Bogotá, le determinó el impuesto de renta y complementarios a cargo para la vigencia fiscal de 1984.

ANTECEDENTES:

La sociedad, contribuyente presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta y complementarios, correspondientes al año gravable de 1984 el día 8 de mayo de 1985, la cual fue recepcionada con el # 002331.

Mediante auto comisorio 00023 del 8 de enero de 1987, la sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales ordenó la práctica de una inspección contable, cuyos resultados quedaron consignados en el acta de visita del 23 de febrero de 1987, y en la que se hace constar que la contribuyente obtuvo ingresos por diferencia en cambio por $ 223.521.995, que contabilizó, pero fiscalmente lo declaró como ingreso no constitutivo de renta, y que de los descuentos tributarios solicitados, el monto de $ 3.263.225 no era procedente por corresponder a pagos de INTERCOR.

Con base en tales conclusiones, mediante el requerimiento # 000069 del 28 de abril de 1987, la administración propuso a la sociedad la modificación de la liquidación privada como consecuencia de la adición de los ingresos por diferencia en cambio, el desconocimiento de los descuentos tributarios y la imposición de la sanción por inexactitud.

Luego de la respuesta al requerimiento, en la liquidación oficial de revisión 000620 del 15 de Septiembre de 1987, se determinó un mayor valor por impuesto de renta del 15 de septiembre de 1987, se determino un mayor valor por impuesto de renta de $ 92.672.007 y sanción por inexactitud de $ 185.344.014, con base en lo cuestionado en el citado requerimiento.

Contra dicho acto administrativo la contribuyente interpuso al recurso de reconsideración ante la misma Administración de Impuestos, que mediante la Resolución 000129 P del 8 de noviembre de 1988, reconoció el derecho al descuento solicitado por retenciones en la fuente, pero mantuvo la adición de los ingresos por diferencia en cambio, y tasó nuevamente la sanción por inexactitud para reducirla a $ 178.817.564.

LA DEMANDA

En demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el tribunal Administrativo de Cundinamarca, la contribuyente acusó el acto administrativo de violar los Artículos 1602,1625 y 2224 del Código Civil ; 824 del Decreto 444 de 1967; 76 numeral 15 de la Constitución Nacional: 874 del Código de Comercio: 15 y 26 del Decreto 2053 de 1974 : 17 de Decreto Reglamentario 187 de 1975 y 31 de la Ley 52 de 1977.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las suplicas de la demanda al considerar que la diferencia en cambio contabilizada no configurada para la sociedad un ingreso constitutivo de renta ni de ganancia ocasional, porque, aplicando la sentencia del 22 de Noviembre de 1991 del Consejo de Estado, expediente 3596, se tiene que los honorarios percibidos en dólares por la actora solamente pueden estimarse en pesos colombianos al momento del pago, y en consecuencia, la diferencia en cambio no constituye ingreso tributario,así se haya contabilizado como tal, pues se trata de un valor meramente nominal que no encuadra dentro de la noción fiscal de ingreso tributario.

LA APELACION

La apoderada judicial de la Nación apeló la sentencia de primera instancia, exponiendo que el *a-quo* aplicó incorrectamente a la diferencia en cambio que surge como consecuencia de activos y pasivos en moneda extranjera a 31 de Diciembre del año gravable, caso distinto al de la doctora, puede ésta recibió ingresos en divisas, conforme a lo pactado en el contrato, pero al momento de su recibo a pesar de haber registrado la diferencia en cambio como ingreso, estimó que para efectos fiscales era un ingreso no contitutivo de renta, sin fundamento legal para ello, toda vez que no existe norma tributaria que le permita detraer de total de ingresos, la diferencia en cambio.

Estima que la sentencia además de ser violatoria de la ley, desconoce el hecho mismo de la contabilización que la sociedad al desgravarlo no soporta legalmente. Pide se revoque la sentencia y se deniegue las súplicas de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO:

El Tercer Delegado del Procurador ante la Corporación,. conceptúa que la sentencia apelada merece ser confirmada porque, contrariamente a lo afirmado por la apoderada judicial de la Nación, la sentencia proferida por la Sección Cuarta, así se refiera a activos y pasivos representados en moneda extrajera, si es aplicable a la diferencia de cambio que se presenta en el caso de pagos pactados en dólares, porque es este evento también puede afirmarse, que la diferencia en cambio en cuanto a los dólares recibidos por la contribuyente no equivale realmente a un pago ni por sus sola contabilización nace o se extingue el derecho a exigir éste, y en tales condiciones tal diferencia no puede tomarse como puede timarse como un ingreso constitutivo de renta el Artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, exige entre otras cosas, que para la determinación de la renta líquida gravable, se deben sumar, en el primer lugar, todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, y el artículo 16 numeral 1, establece que los ingresos se entienden realizados cuando se reciben efectivamente en dinero o especie en forma que equivalga legalmente a un pago, situación esta que no se presenta en la relacion la mencionada diferencia.

CONSIDERACION DE LA SALA

El asunto esencial de la controversia es el de determinar si la diferencia en cambio que se presente en obligaciones pactadas en divisas, constituye o no ingreso tributario.

En primer lugar, precisa la Sala que, ni el hecho de que la legislación cambiara del país prevea la celebración de contratos pagaderos en divisas, y que para efectos de control de cambios tales contratos deban registrarse en al oficina de Cambio del Banco de la República, ni de la circunstancia de que dichos contratos, en cuanto a las

obligaciones de las partes se refieren, deban ser aprobados por entidades administrativas tienen la virtualidad de impedir el efecto impositivo previsto por el legislador.

Corresponde únicamente al legislador, establecer mediante normas de carácter general los tributos a cargo de los asociados, y por consiguiente es el único que puede establecer excepciones a la mismas, sin que puedan pretender los particulares, en virtud de estipulaciones contractuales, sustraerse del imperio de la ley, pues si bien los contratos son ley entre las partes, no son opinables al fisco para enervar los efectos de la ley tributaria.

Es la ley, la que determina que los ingresos percibidos en divisas se estiman en pesos por el valor de aquéllas a tiempo de percibirse o efectuarse el pago y es la ley también, (artículo 16 del Decreto 2053 de 1.974) la que establece que si se lleva contabilidad por el sistema de causación, se entiende percibido el ingreso cuando nace el derecho a exigir su pago, así no se haya hecho efectivo el cobro.

De acuerdo con lo anterior y estando comprobado que la contribuyente lleva su contabilidad por el sistema de causación, ha de concluírse que la sociedad percibió el ingreso durante el ejercicio fiscal de 1.984, y para efectos impositivos si bien los devengó en dólares deben traducirse a pesos colombianos, por el valor de la divisa al momento del pago, conforme con lo establecido por el Artículo 28 del Decreto 2053 de 1.974, sin que proceda alegar que celebrado el contrato en dólares, no hay ingreso que constituya renta por concepto del diferencial cambiario que genera la divisa, ya que el ingreso se establece no en términos de divisas sino en pesos, moneda de curso legal en Colombia.

Es tan evidente que sí existió dicho aumento patrimonial debido al pago de honorarios en dólares, que se capitalizó su valor en pesos en el año gravable, y la propia contribuyente contabilizó como ingreso la diferencia en cambio; solo que, lo consideró como ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional y sin el amparo de norma legal que así lo permitiera, detrajo de los ingresos obtenidos en el año, el valor correspondiente a tal diferencia, al estimar que celebrado el contrato RC-1336 C en dólares, la factura de honorarios por la diferencia de cambio de $113.89 por US es la medida que no representaba un mayor ingreso en esta moneda, que además debían pagarse en el exterior, sin que en ningún momento se configurara una conversión efectiva de tales divisas a moneda local, no implicaba un enriquecimiento.

Precisamente por estas razones, solicitó, para el mayor valor de crédito por diferencia en cambio, el tratamiento de ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, tal como se infiere del anexo que con la declaración tributaria del impuesto sobre la renta presentó la contribuyente (folio 000212, numeración mecánica tinta verde, cuaderno antecedentes administrativos).

A juicio de la Sala el tratamiento tributario dado a dicha diferencia de cambio, no podía se aceptado por la Administración, porque los beneficios fiscales exigen norma que los consagre y en materia de ingresos no constitutivos de renta ni de ga-

nancia ocasional, no existía en 1.984 ninguna disposición que permita excluír de la base gravable, los ingresos por diferencia en cambio, como los que aquí se cuestionan.

En efecto, cuando la ley tributaria ha querido que un ingreso no sea constitutivo de renta ni de ganancia ocasional lo ha exceptuado expresamente y el artículo 15 del Decreto 2053 de 1.974 así lo consagra cuando dice:

> "La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean suceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados en este Decreto, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtiene los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida, **salvo las excepciones legales**, la renta líquida es renta gravable y, a ella se aplican las tarifas señaladas en el presente Decreto". (Subraya la Sala).

La ley 75 de 1.986 por primera vez en la legislación tributaria, estableció en su artículo 28 que no constituía renta no ganancia ocasional el componente inflacionario de los rendimientos financieros en los porcentajes que allí se determinaran y el Decreto 2686 de 1.988 artículo 6 dispuso que "el ingreso originado en el ajuste por diferencia de cambio se asimilará a rendimientos financieros".

Según dichas normas, a partir de 1.986, el reajuste por diferencia de cambios, en el porcentaje establecido en la ley no constituye renta ni ganancia ocasional, como una excepción expresa al principio general de transcrito artículo 15 del Decreto 2053 de 1.974 y la cual no existía en 1.984.

De otra parte, no invoca en la demanda, la sociedad contribuyente, la norma tributaria de la cual se deriva el pretendido derecho, y su reconocimiento no se deduce de los artículos 1602, 1626 y 1627 del Código Civil, que señalan que el contrato es la Ley para las partes, porque esta consecuencia del acuerdo de voluntades entre particulares, no cuestionada por la Administración, no modifica el régimen tributario aplicable.

Tampoco, las normas del Estatuto de Cambios Internacionales y de Comercio Internacional contenidas en el Decreto 444 de 1.967, cuyo artículo 274 dice violado el demandante, establecen el tratamiento tributario especial para los ingresos percibidos en divisas extranjeras, por lo tanto, la cuantificación de los mismos debe hacerse en moneda nacional, conforme lo ordena el artículo 28 del Decreto 2053 de 1.974.

Dicho artículo no se violó con los actos demandados, porque contrariamente a lo estimado por la actora se aplica por igual a nacionales y extranjeros independiente-

mente de que estén o no obligados a vender sus divisas al Banco de la República, de acuerdo con las normas vigentes de control de cambios.

El tribunal *a-quo*, en la sentencia apelada, fundamentó la decisión favorable a las peticiones de la actora en la sentencia proferida por esta Sala el 21 de Noviembre de 1.991, Expediente 3596 Actor Papelera Colombiana S.A. "PAPELCOL S.A." en la cual se hicieron algunas consideraciones sobre el tema de la "diferencia de cambio" pero que no resulta aplicable al caso de autos, toda vez que en el juicio resuelto por el citado fallo, tal como en él se precisa en el tercer párrafo de sus consideraciones, no se trataba de pagos en divisas (recibidos o efectuados), ni de pasivos en moneda extranjera, sino de rubros de activo patrimonial y por ello la contribuyente en esa oportunidad, las había contabilizado en cuenta de superávit de capital por valorización, situación totalmente diferente a la que ahora se discute, en la cual se trata de un ingreso percibido por causación durante el año respectivo, ajustado a 31 de diciembre y que la misma contribuyente registra en su balance como ingreso (utilidades del ejercicio) y no aparece en los renglones respectivos (51 a 57 y 90 a 96 Formulario Balance y Patrimonio Fiscal) ninguna cifra por concepto de valorizaciones, ni superávit de capital.

Sanción por inexactitud.

Como se precisó en el punto anterior, la actora no omitió declarar ante la Administración el ajuste por diferencia en cambio, sino que, estimó que el mismo no era ingreso constitutivo de renta ni ganancia ocasional y procedió en consecuencia, a solicitar expresamente su reconocimiento como tal. Petición que fue negada expresamente en el acto determinación del Tributo en el cual se indica el por qué de su no reconocimiento, sin que en ningún momento se tachen de falsas, adulteradas o incompletar las cifras suministradas por la sociedad.

A juicio de la Sala la petición formulada por el contribuyente para que se considerara como ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional la diferencia en cambio evidencia claramente una diferencia de opinión entre el contribuyente y la Administración de Impuestos sobre el derecho aplicable que no constituye inexactitud a la luz de las normas vigentes, pues es claro el Artículo 49 del Decreto 3803 de 1.982, inciso 2 cuando dice:

> "No se configura inexactitud cuando el menor impuesto que hubiere podido resultar se derive de errores de apreciación o de diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y los contribuyentes, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos".

En consecuencia con las consideraciones anteriores procede la práctica de una nueva liquidación que quedará así:

CONCEPTO	BASE	IMPUESTO
RENTA		
Ingresos netos declarados	$404.211.775	
Más ingresos por diferencia en cambio	$223.521.955	
TOTAL	$627.733.730	
Menos deducciones solicitadas	$16.143.687	
Renta líquida	$611.599.043	$244.639.617
Menos descuentos tributarios		$820.163
Impuesto neto de renta		$243.819.454
REMESAS		
Utilidad comercial del año	$264.129.804	$ 52.297.701
Sub-total		$296.117.155
Menos descuento 1%,solicitado por renuncia a adicionar		$1.511.474
Total Impuesto de renta y complementarios.		$294.605.681
Menos retenciones en la fuente reconocidas oficialmente		$ 56.315.839
SALDO A PAGAR		$238.829.842

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

1. Revócanse los numerales 1 y 2 de la sentencia apelada.

2. En su lugar, fíjase en la suma de Doscientos Noventa y Cuatro Millones Seiscientos Cinco mil Seiscientos Ochenta y un pesos ($294.605.681) el valor total del impuesto de renta y complementarios que por el año gravable de 1.984, corresponde pagar a la sociedad MARRISON KNUDSEN INTERNATIONAL COMPANY INC. NIT 860.069.725, de acuerdo con la liquidación practicada en la parte motiva de esta providencia. Valor sobre el cual la Administración de Impuestos Nacionales imputará las retenciones en la fuente por Cincuenta y Seis millones Trescientos Quince mil Ochocientos Treinta y Nueve pesos ($56.315.839)

3. Reconócese a la Doctora Elizabeth Whittingham, como apoderada judicial de la Nación, a términos del poder que obra a folio 105 del cuaderno principal.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el Expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate. Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

MANDAMIENTO DE PAGO /NOTIFICACION POSTAL/DERECHO DE DEFENSA.

A la Administración de impuestos no le estaba permitido escoger entre uno u otro mecanismo para efectuar la notificación del mandamiento de pago, debiendo por tanto calificarse como irregular su conducta al obviar la notificación por correo como forma subsidiaria ordenada por el Artículo 103 del decreto 2503 de 1987 y acudir a las publicaciones en diario de amplia circulación nacional, para otros eventos. En los procesos de ejecución el mandamiento de pago, con cuya notificación se pone en conocimiento del deudor la ejecución a la cual está siendo sometido, es la oportunidad de defenderse a través del mecanismo de las excepciones. La notificación por correo del mandamiento de pago, no es medio de consulta razonablemente el derecho de defensa, pero precisamente por ello debe ser utilizado por la Administración con el máximo de precauciones.

ACCION DE COBRO/PRESCRIPCION/ACTO ADMINISTRATIVO -Ejecutoria.

El Artículo 107 del Decreto 2503 de 1987 establece dos puntos: a partir de los cuales debe entrar a contarse el término de cinco años señalados para la prescripción de la acción de cobro de las obligaciones fiscales: desde de la fecha en que se hicieron exigibles tales obligaciones, o en tratándose de la acción de cobro de los mayores valores u obligaciones determinados en actos administrativos, desde la fecha en que dichos actos quedaron ejecutoriados. Debe establecerse por lo tanto en que momento quedaron ejecutoriadas las Resoluciones por medio de las cuales se determinaron las obligaciones fiscales, sin que sea correcto afirmar en el *sub-lite* que no habían corrido los cinco años; ya que no se pueden confundir nociones completamente distintas como son las del momento en que queda en firme un acto administrativo y el plazo de caducidad para acudir ante la jurisdicción.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta
Santa fe de Bogotá, D.C. Noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

REF.: EXPEDIENTE No.3921. ACTOR: CERAMICAS DEL VALLE LIMITADA. AUTORIDADES NACIONALES. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora contra sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de fecha 12 de Agosto de 1991, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la sociedad CERAMICAS DEL VALLE LIMITADA. (hoy VAJILLA DIAMANTE LIMITADA), contra el acto administrativo complejo por medio del cual la Administración de Impuesto Nacionales de Cali ordenó proseguir el cobro ejecutivo de unas sumas por los siguientes conceptos: Impuesto a las Ventas correspondientes a los bimestres 1,2,3,4,5 y 6 de 1975 y 1,2,y 5 de 1976; Impuesto a la Renta del año de 1966; sanción por presentación extemporánea de la relación de retenciones en la fuente correspondiente al ejercicio fiscal de 1979.

ANTECEDENTES

Por medio de las Resoluciones números 113,114,115,116,117,118,119,120 y 122 del 9 de Febrero de 1984, la Administración determinó el monto de lo adecuado por la contribuyente en razón del impuesto a las ventas causado durante los bimestres anotados. Dichas resoluciones fueron notificadas el 6 de marzo de 1984. La Resolución 746 del 9 de octubre de 1987, notificada el día 28 del mismo mes y año, estableció la suma debida por la actora por concepto del Impuesto a la Renta del año de 1966. Por su parte, la sanción que se le impuso a la citada sociedad por haber entregado extemporáneamente la relación de retenciones en la fuente, fue determinada mediante Resolución 211 del 30 de enero de 1981 que se notificó mediante Edicto que se desfijó el 26 de febrero del mismo año.

La División de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, con el fin de notificar los mandamientos de pago correspondiente al Impuesto a las Ventas, envió cinco oficios a diferentes direcciones, que por no corresponder a la dirección de la contribuyente, no fueron recibidas por ésta. Ante la imposibilidad de realizar mediante dos publicaciones hechas en el Diario de Occidente, respaldada en lo dispuesto por el inciso 4o. Artículo 76 del Decreto 2503 de 1987.

Enterada de que en su contra se estaba adelantando proceso coactivo-administrativo, y con fecha 5 de abril de 1989, la sociedad contribuyente propuso excepciones de fondo. Por medio de la Resolución 403 del 3 de mayo de 1989, la División de Cobranzas de la Administración de Impuesto Nacionales de Cali declaró no probada dichas excepciones, ordenó la acumulación de los procesos que se estaban adelantado

para el cobro de la sanción pecuniaria a la cual hizo referencia con anterioridad, por corresponder a un mismo hecho, y modificó el mandamiento ejecutivo, estableciendo en $11'135.231.00 la suma adecuada por la contribuyente.

Contra la mencionada Resolución 403, interpuso la actora recurso de aplicación en la vía gubernativa. Dicho recurso fue resuelto mediante la Resolución 001 del 24 de octubre de 1989, expedida por el Jefe de la División de Recaudo de la Sub administración de Grandes Contribuyentes. Por medio de ellas se declararon no aprobadas las excepciones de nulidad y prescripción propuestas por la recurrente, salvo la de prescripción con relación a la obligación contenida en la Resolución 0121 del 9 de Febrero de 1984 de la Dirección General de Impuesto Nacionales. Así mismo, se canceló por pago la obligación contenida en la Resolución 3477 del 30 de Septiembre de 1986. Además, se modificó la cuantía de lo adecuado por la contribuyente a la Administración, que se tasó en la suma de $8'2899.348.

LA DEMANDA

En desacuerdo, la sociedad contribuyente acudió ante la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho. Pidió que se declarara la nulidad del acto complejo conformado por las Resoluciones números 403 y 101 atrás mencionadas, por ser violatorios de las siguientes disposiciones: incisos 1o. y 2o. de los Artículo 103 y 107 del Decreto 2503 de 1987; Artículo 39 del Decreto 38003 de 1982; Artículos 62 y 64 del Código Contencioso Administrativo y Artículo 829 del Estatuto Tributario. Sostuvo que el derecho de la Administración para reclamar el pago de las obligaciones tributarias en cuestión, había prescrito a la luz del citado Artículo 1107 del Decreto 2503 de 1987; señaló, además, que la actuación de loa Administración estaba viciada de nulidad por no haberse practicado en debida forma la notificación de los mandamientos de pago.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia fechada el 12 de agosto de 1991, denegó las suplicas de la demanda. Sostuvo, que si bien existiera algunas irregularidades en la notificación de los mandamientos de pago, dichas irregularidades quedaron saneadas cuando la contribuyente, el 5 de abril de 19899, presentó memorial interponiendo excepciones contra el mandamiento ejecutivo; ello, por cuanto esta actuación estableció la existencia de una notificación por conducta concluyente.

Así mismo afirmó que el fenómeno de la prescripción de la acción de cobro no se había presentado, por cuanto no había pasado el termino de cinco años exigido por el Artículo 107 del Decreto 2503 de 1987 para que se diera este fenómeno.

LA APELACION

El apoderado judicial de la contribuyente fundamenta su recurso en los mismos argumentos que planeó en el trámite de la primera instancia. Sostiene que no es posible considerar que la notificación por conducta concluye a la luz del Artículo 144, numeral 4o del C.P.C., sanee la irregular notificación practicada por la entidad demandada; ello por cuanto, a su entender, no es viable aplicar normas supletivas de un ordenamiento en el que se parte de la igualdad jurídica de las partes, a un ordenamiento en el cual una de las partes está en situación de ventaja. Como fundamento a su posición, cita providencia del Consejo de Estado del 28 de noviembre de 1986 (Sección Cuarta, Exp. 031).

Afirma que la acción de cobro sí prescribió, por cuanto las resoluciones no quedaron ejecutoriadas hasta cuatro meses luego de su notificación, sino al momento de verificarse éstas.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad demandada, solicita que so conforme la sentencia apelada. Para ello sostiene, que ante la imposibilidad de hacer la notificación de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 103 del Decreto 2503 de 1987, es posible hacerla mediante la publicación efectuada en un diario de amplia circulación nacional. A la anterior agrega que en el sub-lite la publicación surtió el efecto deseado. Invoca además como aplicable el contenido del inciso 5o. del Artículo 3o del C.C.A. sostienen que, aún en el supuesto caso de que se considerara que sí hubo nulidad, ésta debe considerase saneada a la luz del Artículo 156 del C.P.C. vigente para la época de los hechos

Los argumentos que utilizan para sostener que no hubo prescripción son los mismos en que el a-quo se basó para proferir sentencia.

CONCEPTO FISCAL

La representante del Ministerio Público considera que la sentencia apelada debe ser revocada. Considera que, en efecto, la notificación mediante publicación en diario de amplia circulación no se ajusta a los preceptos legales que regulan la manera como debe notificarse el mandamiento ejecutivo en materia tributaria. Concuerda con el a-quo en que el sub-lite la notificación quedó perfeccionada mediante conducta concluyente, pero sostiene que diferentes dicha notificación se verificó después de haber prescrito la acción de cobro.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Básicamente son dos los argumentos que fundamentan el recurso de apelación interpuesto por la sociedad contribuyente. El primero se refiere a la existencia de una causal de nulidad que vacía los actos acusados, consistentes en que los mandamientos ejecutivos fueron notificados en debida forma. El segundo, acuerdo con el cual la acción de cobro se encuentra prescrita a la luz del Artículo 107 del Decreto 2503 de 1987.

1. LA AUSENCIA DE NOTIFICACION DE LOS MANDAMIENTOS DE PAGO.

El Artículo del mencionado Decreto 2503 de 1987, señala que la notificación de los mandamientos de pago de las deudas que en materia de impuestos administrativos por la Dirección General de Impuestos Nacionales puede hacerse de dos formas, una principal y una subsidiaria. La principal consiste en la notificación personal que se haga al contribuyente, previa citación para que se haga presente en el termino de diez días; la subsidiaria, que procede únicamente en aquellos casos en que no se puedan hacer la notificación personal, se realiza enviando por correo el mandamiento de pago, formándose de ello a través de cualquier medio de comunicación del lugar, sin que la omisión de esta ultima invalide la notificación (Art. 826 E.T.).

En cinco ócasiones la entidad demandada ofició a la contribuyente para que acudiera a notificarse de los mandamientos de pago expedidos para el cobro coactivo de las obligaciones tributarías pendientes por concepto de Impuesto a las Ventas, De esta manera se agotó el primero de los mecanismos que para la notificación de estos mandamientos señala el Artículo 103 precitado. Pero ante el fracaso de estos intentos, la Administración de Impuestos Nacionales de Cali no agotó el mecanismo subsidiario, sino que dió aplicación al inciso 5o. del Artículo 76 del Decreto 2503 de 1987, que es el general para hacer notificaciones cuando no ha sido posible establecer la dirección del contribuyente.

Considera la Sala, compartiendo las argumentaciones del a-quo, que la entidad demandada no le estaba permitido escoger entre uno u otro mecanismo para efectuar la notificación, debiendo por lo tanto calificarse como irregular su conducta al obviar la notificación por correo como forma subsidiaria ordenada por el Artículo 103 (Hoy 826 del E.T.) y acudir a las publicaciones en diario de amplia circulación nacional, para otros eventos.

Aún comprendiendo la actitud del legislador de consagrar distintos medios de notificación de las diferentes actuaciones, debe resaltarse la importancia que en los procesos de ejecución tienen el mandamiento de pago, con cuya notificación se pone en conocimiento del deudor la ejecución a la cual está siendo sometido, siendo ésta la oportunidad de defenderse a través del mecanismo de las excepciones. No se trata de la notificación de una cualquiera de la actuaciones de la Administración.

Por ello ha llamado la atención de la Sala que el Decreto 2503 de 1987 quizás bajo la consideración de eludir trámites engorrosos para la Administración suprimió la constitución de un curador ad-litem que se venía practicando en estos procesos ejecutivos por adopción del procedimiento judicial. La supresión de ese medio fue sustituida por el mecanismo de la notificación del mandamiento de pago "por correo", precisamente cuando la citación para que parezca a recibir notificación personal ha fracasado. En opinión de la Sala ese no es medio que consulte razonablemente el derecho de defensa, pero precisamente por ello debe ser utilizado por la Administración con el máximo de precauciones.

No obstante los peligros que observa la Sala en cuanto al sistema adoptado por el legislador y a la irregularidad en que incurrió la Administración, la Sala encuentra que se realizó en esta ocasión la hipótesis prevista en el Artículo 48 del Decreto 1 de 1984, o sea, la de la notificación por conducta concluyente el día 5 de abril de 1989 cuando la sociedad ejecutada se hizo presente ante su ejecutor para proponer excepciones.

Reconoce así la Sala la invalidez de las supuestas notificaciones hechas con anterioridad y saneada el proceso en virtud de la conducta de la ejecución pero sólo el día en que concurrió en su defensa, en especial con relación a las ejecuciones por Impuesto a las Ventas.

2. LA PRESCRIPCION DE LA ACCION DE COBRO.

El Artículo 107 del Decreto 2503 de 1987 establece dos puntos a partir de los cuales debe entrar a contarse el término de cinco años señalado para la prescripción de la acción de cobro de las obligaciones fiscales: desde la fecha en que se hicieron exigibles tales obligaciones, o, en tratándose de la acción de cobro de los mayores valores u obligaciones determinados en actos administrativos, desde la fecha en que dichos actos quedaron ejecutoriados.

En el *sub-lite*, todas y cada una de las obligaciones en discusión, fueron determinadas por medio de actos administrativos, siendo por ende aplicable el segundo de los puntos de partida precitados. Debe por lo tanto entrar a establecer en qué momento quedaron ejecutoriadas las resoluciones por medio de las cuales se determinaron las obligaciones fiscales.

Se hará referencia en primer lugar, a las obligaciones fiscales por concepto de Impuestos a las Ventas. Tal y como se ha señalado con anterioridad, ellas fueron determinadas mediante las resoluciones números 113,114,115,116,117,118,119,120, y 122 del 9 de febrero de 1984, y fueron notificadas el 6 de marzo del mismo año. Sostiene tanto el a-quo como la entidad demandada, que al momento de notificarse los mandamientos de pago por conducta concluyente, no habían corrido los cinco años establecidos para que la acción de cobro prescribiera; ello en razón de que el término debe empezar a contarse desde el momento en que las resoluciones quedaron ejecutoriadas, ésto es, desde el momento en que venció el plazo para interponer, es

decir, 4 meses después de la notificación. De acuerdo con esta interpretación las resoluciones quedaron ejecutoriadas el 6 de julio de 19844, forma que la acción habría prescrito el 6 de julio de 1989; pero habiéndose notificado el mandamiento de pago el 5 de abril de este año, tal como ha quedado establecido, el término de la prescripción quedó interrumpido.

No comparte la Sala, en cuanto a este punto, el criterio del a-quo expresado en la providencia apelada de la lectura de la parte final de todas y cada una de las resoluciones precitadas se establece que contra ella no cabía recurso alguno en la vía gubernativa, quedando así en firme y autorizada su ejecución según el Artículo 64 del Decreto 01 de 1984. Es a todas luces incorrecto afirmar que en situaciones como ésta era necesario esperar a que transcurran los cuatro meses para que se considere que las resoluciones quedaron ejecutoriadas.

No se pueden confundir nociones completamente distintas como son la del momento en que se entiende en firme un acto administrativo y el plazo de caducidad para acudir ante la jurisdicción contenciosa.

En vista de lo anterior, y por lo que respecta a las resoluciones que determinaron el monto adeudado por la contribuyente por razón del Impuesto a las Ventas, el termino de prescripción empezó a correr el día siguiente de haber sido notificadas; esto es, el 7 de marzo de 1984, cumpliéndose por lo tanto el 7 de marzo de 1989. Al haberse notificado los mandamientos de pago el día 5 de abril de 1989, procede afirmar que la acción de cobro se encontraba prescrita.

No sucede lo mismo en cuanto a la Resolución 746 del 9 de octubre de 1987, referida al Impuesto a la Renta correspondiente al año de 1966, que había sido notificada el día 28 del mismo año, y respecto de la cual no habían transcurrido, al momento de la notificación del mandamiento de pago, los cinco años establecidos por la disposición del Artículo 107.

Por lo que añade a la prescripción de la acción de cobro con relación a la Resolución 211, por medio de la cual se sancionó a la contribuyente por presentar extemporáneamente la relación de retención en la fuente correspondiente al ejercicio fiscal de 1979, señálese que el mandamiento de pago correspondiente fue notificado el 24 de noviembre de 1984, tal como consta a folio 13 del segundo cuaderno, interrumpiéndose el término de prescripción.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 12 de agosto de 1991.

2. DECLARASE prescrita la acción de cobro con relación a las Resoluciones números 113,114,115,116,117,118,119,120 y 122 del 9 de febrero de 1984 expedidas por la Dirección General de Impuestos Nacionales, por medio de las cuales se determinó el Impuesto a las Ventas correspondientes a los bimestres 6,5,4,3,2, y 1 de 1975 y 1,2, y 5 de 1976, adeudado por la sociedad CERAMICAS DEL VALLE LIMITADA.

3. Como consecuencia de lo anterior, DECLARASE la nulidad de las resoluciones 403 del 3 de mayo de 1989 y 001 del 24 de octubre del mismo año, proferidas por la División de Cobranzas de la Administración de la Subadministración de Grandes contribuyentes de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, en cuanto se refiera a las resoluciones declaradas prescritas en el numeral anterior.

4. NIEGANSE Las demás pretensiones de la actora.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

SANEAMIENTO DE DIVISAS -Requisitos/**SANEAMIENTO FISCAL/DECLARANTE/ACTIVO EN MONEDA EXTRANJERA/BIEN POSEIDO EN EL EXTERIOR**

El artículo 1 de la Ley 49 de 1990 al conceder el beneficio del saneamiento fiscal se requiere en términos generales a los contribuyentes del impuesto sobre la renta que hubiere omitido activos representados en moneda extranjera o bienes poseídos en el exterior, sin exigir que se precise su condición de declarantes, o sea que el Artículo 1 inciso del Decreto 836 de 1991, cuando exige que se haya incurrido en la omisión en la declaración de renta de 1984 limita el beneficio para los declarantes en primer lugar, y en segundo lugar para los del año de 1989, excluyendo a aquellos infractores por períodos anteriores y aquellos que por disposición legal no son declarantes. Además la Ley 49 de 1990 no exigió (como si lo hizo el Decreto 836 de 1991) prueba alguna sobre la preexistencia de los activos representados en moneda extranjera ni de los bienes poseídos en el exterior. DECLARA NULA la expresión "en la declaración de renta del año gravable de 1989" contenida en el Artículo 1 inciso 1 del Decreto Reglamentario 836 de 1991 y una parte del inciso 2 del Artículo 1.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta
Santa fé de Bogotá, D.C. Noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

REF.: RADICACION 4126. Actor: Samuel Ramiro Guzmán Acción de nulidad contra el Artículo 1 incisos 1 y 2 del Decreto Reglamentario 836 de 1991. Autoridades Nacionales. FALLO

FALLO

El ciudadano MANUEL RAMIRO GUZMAN CASTAÑEDA, C.C. No 19.141.183 en ejercicio de acción publica, demando la nulidad del Artículo 1 incisos 1 y 2 del Decreto reglamentario 836 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional.

EL ACTO ACUSADO

Se trata como se anotó de los incisos 1 y 2 del Artículo 1 del Decreto Reglamentario 836 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional el 26 de marzo de 1991, para reglamentar la Ley 49 de 1990 en lo relativo al saneamiento fiscal de divisas o bienes poseídos en el exterior.

LA DEMANDA

Persigue la nulidad de las normas acusada al considerar que con ella el Gobierno Nacional viola el artículo 120 numeral 3 de la Constitución Nacional de 1886, y el 189 numeral 11, de la actual Constitución, desbordando la potestad reglamentaria porque al pretender reglamentar el artículo 1 de la Ley 49 de 1990, limita extralimita o contradice su sentido, así:

a) Al reglamentar el artículo 1 de la citada ley introdujo en el artículo 1 inciso 1 del Decreto 836 de 1991 limitaciones no contenidas en la forma no reglamentada, Especialmente porque reduce el beneficio tributario previsto en la ley, solo a quienes hubieran omitido activos en la declaración de renta del año gravable de 1989, excluyendo a aquellos contribuyentes que declaran por primera vez y que en consecuencia no presentaron declaración de renta por dicho período.

b) La contradice porque mientras la ley establece el beneficio, "siempre y cuando a la fecha de vigencia de esta ley, no se hubiere notificado la formulación de cargos por parte de la Superintendencia de Control de Cambios", el reglamento dice: "salvo cuando el contribuyente se acoja al saneamiento con posterioridad a su requerimiento, emplazamiento o auto que ordené investigación o visita, emitida con posterioridad al 1 de enero de 1990".

c) La extralimita, porque mientras la ley en su artículo 1, no contemple requisito probatorio alguno para la procedencia del beneficio fiscal, el reglamento en su artículo 1 inciso 2, regula aspectos probatorios cuyo ámbito es solo del resorte de la Ley, y al hacerlo establece condiciones al saneamiento fiscal, y faculta a la Administración para que solicite prueba de preexistencia de los bienes y divisas sin ningún parámetro que de seguridad al contribuyente sobre la carga de la prueba, y que así mismo limita el contenido de la ley, que no condiciono el saneamiento fiscal a prueba de preexistencia.

Para precisar el alcance de la potestad reglamentaria invoca la jurisprudencia de la Corporación y afirma que después del confrontamiento de la normas, la violación de la norma superior resulta manifiesta.

OPOSICION DE LA DEMANDA

Concurrió a la defensa de la legalidad de la norma acusada del Ministerio de Hacienda y Crédito Publico, luego de exponer doctrina de los autores sobre el alcance de la potestad reglamentaria, manifiesta que tanto el Artículo 1 de la Ley 49 de 1990 como su reglamentario, Artículo 1 del Decreto 836 de 1991, tienen un contenido de beneficio transitorio, de autodeterminación voluntaria, con fines de extinción de una obligación sustancial ya prevista en otras disposiciones, y de la cesación de los efectos su incumplimiento.

Que bajo esa premisa legal de potestad reglamentaria ejercida por el Presidente de la República, al expedir el Decreto 836 de 1991, tiene una connotación diferente a la propuesta por el demandante con base a la jurisprudencia citada por el, porque, tratándose de una amnistía, es necesario para que su aplicación se establezcan puntos de diferencia, limitaciones en el tiempo, y requisitos formales que permitan lograr por parte del Gobierno el cometido propuesto por el legislador; es decir, asegurar el beneficio que de tal saneamiento espera obtener el Estado. Y que precisamente de facultad que se ejerció por el Presidente, de la República, es la contenida en el numeral 11 del Artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886; que le ordena "cuidar de la exacta recaudación y administración de la rentas y caudales públicos". Es decir, que la norma acusada no corresponde solo a la calidad de Decreto reglamentario, sino que además es un reglamento constitucional autónomo, que se dicta por el ejecutivo en uso de sus propias atribuciones.

En relación con el cargo de violación señalado en el literal a) de la demanda, estima que la declaración de renta del año gravable de 1989, como documento base del saneamiento, constituye un punto de referencia y obviamente implícito en el artículo 1 de la Ley 49 de 1990, que establece para los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios la posibilidad de acogerse al saneamiento fiscal de divisas, incluyendo dentro de la declaración de renta correspondiente a 1990, el valor omitido de los activos representados en moneda extranjera o bienes poseídos en el externo, y por lo tanto debe precisarse la oportunidad de la omisión y la respuesta debe ser necesariamente en el denuncio fiscal de 1989, por lo que, la alusión superior, sino que establece una mayor claridad.

En relación con el segundo cargo de la demanda, expone que el artículo 1 de la ley, cita varias condiciones para no efectuar investigaciones, aplicar sanciones, enviar requerimientos, practicar liquidaciones, etc, como son la inversión en bonos, la liquidación del impuesto complementario del 3%, si el contribuyente no adquiere los bonos de deuda publica externa o interna, y la aptitud de la Administración para

investigar y sancionar, cuando a 28 de Diciembre del mismo año se hubieren formulado cargos por parte de la Superintendencia de Control de Cambios.

Y contra el cargo formulado el en literal c) de la demanda, afirma: Que en desarrollo de la Ley del Decreto Reglamentario 836 de 1991, en su Artículo 1 inciso 2 exige que la preexistencia en el exterior, debe ser probada con la simple inclusión en la declaración de renta del año 1990, de los bienes y activos omitidos y cuando el reglamento agrega que si el contribuyente se acoge al saneamiento con posterioridad al emplazamiento o auto que ordene investigación, debe probar la preexistencia de en el exterior de los bienes objeto del mismo cuando la Administración así lo exigiere, solo se esta refiriendo a la función investigativa realizada con anterioridad a la vigencia de la ley, la cual no fue prohibida por ésta, que por el contrario, autoriza "proseguir su curso ordinario", inciso 7 artículo 1 Ley 49 de 1990, lo que implica que el reglamento se ajusta a ella.

En consecuencia concluye que la exigencia de probar la preexistencia de los bienes objeto del saneamiento, no constituye nada nuevo en materia tributaria en lo que respecta con la presunción de veracidad que cobija a las declaraciones tributarias, contenida en el Artículo 746 del Estatuto Tributario en cuyo desarrollo, al producirse un requerimiento o auto que ordene investigación, se solicitará la prueba de preexistencia de los bienes y activos poseídos en el exterior, por lo que, no puede aducirse que está legislando en materia probatória, sino recogiendo un principio ya establecido por la Ley a efectos de garantizar un uso adecuado del mismo en pro de los intereses del Estado.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, conceptúa que la Corporación solo debe declarar la nulidad de la expresión "en la declaración de renta del año gravable de 1989", que hace parte del inciso 1 del Artículo 1 del Decreto 836 de 1991 acusado, porque indudablemente cuando el Artículo consagra el saneamiento fiscal para activos representados en moneda extranjera o bienes omitidos en el exterior que hayan sido omitidos en la declaración de renta del período gravable de 1989, restringe el alcance de la Ley reglamentada, ya que ésta no limita dicho saneamiento a los bienes omitidos en la declaración de ese año sino que se refiere a las omisiones ocurridas en cualquiera de los períodos anteriores a 1990.

Estima que no existe ninguna oposición ente el penúltimo inciso del artículo 1 de la Ley 49 de 1990 y el inciso 2 del artículo1 del Decreto Reglamentario 836 de 1991 porque ambos regulan situaciones totalmente diferentes, pues mientas la primera de las citadas normas se refiere a un caso específico, al decir que el patrimonio objeto del saneamiento fiscal no dará lugar a investigaciones ni a sanciones cambiarias, por infracciones derivadas de divisas que estuvieran en el exterior antes del 1 de septiembre de 1990, siempre y cuando a la fecha de vigencia de la Ley no se hubiere

notificado la formulación de cargos por parte de la Superintendencia de Control de Cambios, la segunda prevé una situación distinta al establecer una presunción en el sentido de que cuando se incluyan en la declaración de renta de 1990 los bienes omitidos en años anteriores, ese simple hecho basta para considerar probada su preexistencia en el exterior, salvo el caso, de que el contribuyente se acoja al saneamiento con posterioridad a un emplazamiento, requerimiento o auto que ordene investigación o visita, emitidos con posterioridad al 1 de enero de 1990, caso en el cual para que proceda el saneamiento, se debe probar la preexistencia de los bienes.

Y anota que, la presunción es lógica y se justifica, como también se justifica el hecho de que aquella no puede operar cuando el contribuyente procede a declarar los bienes omitidos, después de que haya sido requerido o emplazado, y si esto último ocurre, es obvio que el interesado que pretende favorecerse con el saneamiento pruebe la preexistencia de los bienes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante la Ley 49 de 1990 expedida el 28 de diciembre del mismo año, el Congreso de la República reguló entre otros temas la repatriación de capitales, para cuyo efecto concedió una amnistía para quienes se acogieran al saneamiento fiscal de divisas, cuyos requisitos, efectos y condiciones previó ampliamente en su Capitulo I artículos 1 y 3.

La Ley fue reglamentada por el Decreto 836 de 1991 de marzo 26, en el cual se invocan las facultades que los numerales 3 y 11 del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886, confieren al Presidente de la República.

Considera el demandante que el Decreto reglamentario violó la norma reglamentada y los numerales 3 y 11 del Artículo 120 de la Constitución Nacional, cargos que concreta contra el Artículo 1 incisos 1 y 2 del Decreto 836 de 1991, conforme al concepto de violación expuesto en la demanda.

Con el fin de resolver confronta la Sala los textos de las normas mencionadas, así:

Ley 49 de 1990 Artículo 1

"Saneamiento fiscal de divisas. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que hubieren omitido activos representados en moneda extranjera o bienes poseídos en el exterior, podrán acogerse al saneamiento fiscal de divisas, incluyendo el valor de los mismos en la declaración de renta correspondiente al año gravable de 1990, la cual deberá ser presentada a más tardar el 30 de junio de 1992. Podrá igualmente ser incluído en la declaración de corrección presentada hasta la misma fecha, sin que haya lugar a sanción por corrección por este motivo..."

"....El patrimonio objeto del saneamiento fiscal tampoco dará lugar a investigaciones, ni a sanciones cambiarias, por infracciones derivadas de divisas que estuvieren en el exterior antes del primero (1) de septiembre de 1990, siempre y cuando a la fecha de vigencia de esta ley, no se hubiere notificado la formulación de cargos por parte de la Superintendencia de Control de Cambios..."

Decreto 836 de 1991 Artículo 1.

"Saneamiento fiscal. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, que en la declaración de renta del año gravable 1989, hubieren omitido activos representados en moneda extranjera o bienes poseídos en el exterior, podrán acogerse al saneamiento fiscal previsto en Artículo 1 de la Ley 49 de 1990, incluyendo el valor de los mismos en la declaración de renta correspondiente al año gravable 1990 o en su correción, las cuales se deben presentar a más tardar el 30 de junio de 1992.

"Para este efecto, se entenderá probada la preexistencia en el exterior de los bienes o activos, con su simple inclusión en la declaración de renta, salvo cuando el contribuyente se acoja al saneamiento con posterioridad a un requerimiento, emplazamiento o auto que ordene investigación o visita, emitidos con posterioridad al 1 de enero de 1990, en cuyo caso, para que proceda el saneamiento se deberá probar la preexistencia en el exterior de los bienes o activos objeto del mismo, cuando la administración tributaria así lo solicite..."

1. El artículo 1 de la Ley 49 de 1990, al conceder beneficio del saneamiento fiscal se refiere en términos generales a los contribuyentes del impuesto sobre la renta que hubieren omitido activos representados en moneda extrajera o bienes poseídos en el exterior, sin exigir que se precise su condición de declarantes, ni el documento en el cual se hubiera incurrido la omisión: declaración de renta o certificado de ingresos y retenciones, ni el período en el cual se hubiera cometido la infracción. Entonces cuando el artículo 1 inciso 1 del Decreto 836 de 1991, exige se haya incurrido en la omisión en la declaración de renta de 1989, limita el beneficio, para los declarantes en primer lugar, y en segundo lugar para los del año de 1989, excluyendo aquellos infractores por períodos anteriores y aquellos contribuyentes que por disposición legal no son declarantes, o que siéndolo no cumplieron dicho deber.

No hay duda entonces que cuando el Artículo 1 del Decreto Reglamentario introduce la expresión "en la declaración de renta del año gravable de 1989", limita el alcance de la ley, restringiendo su contenido y excede la facultad reglamentaria que la Constitución le asigna al ejecutivo, razón por la cual dicha expresión deberá ser anulada.

2. El inciso 4 del Artículo 1 de la Ley 49 de 1990, que parcialmente transcribe la demanda como violado, consagra la amnistía de investigaciones y de sanciones por violación del control de cambios contenido en el entonces vigente Decreto 444 de 1967, en relación con las divisas ubicadas en el exterior antes del 1 de septiembre de

1990; mientras que el inciso 2 del reglamento acusado contempla una materia distinta cual es la relacionada con la prueba de preexistencia de los bienes en el exterior, estableciendo para estos efectos tributarios, no cambiarios, que con la simple inclusión en la declaración de renta de 1991 se entendería probada, en consecuencia del confrontamiento de las normas no se infiere que existe contradicción entre la Ley y el reglamento, pues es claro que cuando éste se remite a la Administración Tributaria no se refiere al aspecto cambiario de que trata la Ley.

3. La Ley 49 de 1990, no exigió prueba alguna sobre la preexistencia de los activos representados en moneda extranjera, si de los bienes poseídos en el exterior, y aunque tratándose de la repatriación de capitales ha de suponerse, para que ésta sea posible, que los bienes estaban ubicados en el exterior al momento de expedirse la Ley, ya que no puede existir repatriación de bienes ubicados en el territorio nacional, no podía el reglamento hacer distinciones no previstas en la norma, sobre el momento de la solicitud de la amnistía, para deducir la necesidad de pruebas de preexistencia en un caso y en el otro no, condicionándola a la propia actividad y voluntad de la Administración, desarrollada a través de un emplazamiento, un requerimiento o una investigación, y solo en la medida que ésta así lo exija.

Entonces, cuando el decreto reglamentario establece la obligación de probar solo en el evento de que existe requerimiento, emplazamiento o investigación, sin duda alguna crea una diferencia que no contempla la ley y por lo tanto vulnera no solo la norma reglamentada sino que excede la potestad reglamentaria, al crear desigualdades, no previstas en la ley, frente al beneficio legal otorgado.

A juicio de la Sala las condiciones y requisitos para que proceda el saneamiento fiscal, fueron establecidas por la Ley 49 de 1990, que previendo la oportunidad pronta o tardía de solicitud por parte del contribuyente, creó una tarifa diferencial para el valor de la inversión en títulos de deuda pública o del impuesto de saneamiento, pues si ésta se solicitaba con la declaración de renta del año 1990 oportunamente presentada, la inversión o el impuesto pagado era el 3% del valor saneado; mientras que si se solicitaba en declaración presentada extemporáneamente o con oportunidad de la corrección de la declaración, en todo caso antes del 30 de junio de 1992, el porcentaje se incrementaba al 5%.

De haber querido el legislador exigir la prueba de preexistencia cuando lo considerara necesario, sin duda alguna así lo hubiera establecido, como lo hizo, para efectos de no enervar la actividad fiscalizadora de la Administración, al establecer expresamente que:

> "el saneamiento fiscal de divisas, de que trata este artículo, no será causal de nulidad, revocación o invalidez de los procesos con respecto a los cuales se hubiere notificado requerimiento especial a la fecha de vigencia de esta ley, las cuales proseguirán su curso ordinario."

Es evidente para la Sala que cuando el decreto acusado dispone que el contribuyente debe probar la preexistencia de los bienes en el exterior, coloca un requisito no exigido por la ley reglamentada y por lo tanto le transgrede y merece su anulación, el inciso 2 del artículo 1, demandado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. Declárase nula la expresión "en la declaración de renta del año gravable de 1989", contenido en el artículo 1 inciso 1 del Decreto Reglamentario 836 de marzo 26 de 1991.

2. Declárase nulo el inciso 2 del artículo 1 del Decreto Rreglamentario 836 de marzo 26 de 1991, en la parte que dice: "salvo un requerimiento, emplazamiento o auto que ordene investigación o visita, emitidos con posterioridad al 1 de enero de 1990, en cuyo caso, para que proceda el saneamiento se deberá probar la preexistencia en el exterior de los bienes o activos objeto del mismo, cuando la Administración Tributaria así lo solicite."

Cópiese, notifíquese, cumuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, Salvó el Voto, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ABELLA ZARATE

REF.: EXPEDIENTE No. 4126 ACTOR: SAMUEL RAMIRO GUZMAN CASTAÑEDA Fallo del 12 de noviembre de 1992.

Consejera Ponente: Dra. *Consuelo Sarria Olcos*

Mi respetuosa discrepancia con la anterior decisión la concreto únicamente al aspecto de la ampliación de los efectos de la amnistía a quienes estuvieren siendo investigados. Como norma de excepción y de carácter transitorio entiendo que al no estar dentro de los precisos términos de ella se pasa al sistema general. Por tal motivo no me parece contrario a la Ley que quien no pudiendo ampararse en la norma excepcional no puede preveerse que quede sujeto a la regulación general de comprobación de preexistencia de bienes para justificar incrementos patrimoniales.

Jaime Abella Zárate.

DIVISAS/REGIMEN CAMBIARIO/SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS-Atribuciones

Pueden además de los bancos, las personas nombrados en el Artículo 1o. de la Resolución 118 de 1.977, recibir divisas. Tanto las personas naturales o jurídicas que reciban divisas, por concepto de venta de bienes al por menor o por dedicarse al cambio de las mismas, deben cumplir los requisitos prescritos en su orden por los Artículos 7o. a 11 y 12 a 14. En todos los casos incluído el desarrollo de la actividad en ciudades fronterizas, es indispensable haber tramitado la inscripción y haber obtenido la autorización expendida por la Superintendencia de Control de Cambios. Cuando la actividad no encuadre en cualquiera de las disposiciones especiales y exceptivas como las de la resolución bajo análisis, quedará sometida a los preceptos que de manera general se encuentran en el Decreto Ley 444 de 1.967.

DIVISAS-Autorización/**ZONA FRONTERIZA/SANCION CAMBIARIA**

Se comprobó la falta de autorizacion del actor para negociar divisas aún en la especial circunstancia de hallarse el actor en ciudad fronteriza (Maicao) hecho que reveló en su declaración y que como consecuencia lo somete a las reglas del Decreto 444 de 1.967 pues sanamente entendido el Artículo 16 de la Resolución 118 de 1.977, solo es aplicable a quienes previamente hayan obtenido la autorización que para el caso expide la Superintendencia de Control de Cambios. Si el actor no cumplió con los presupuestos y requisitos que permitieran la aplicación de disposiciones exceptivas y especiales, la autoridad administrativa automáticamente se hallaba facultada para dar aplicación a las normas generales en lo relacionado con operaciones cambiarias.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta
Santafé de Bogotá D.C. doce de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref: Expediente No. 4188. Actor: Lorenzo Antonio Mendoza Medina C/Nación, Superintendencia de Control de Cambios. Apelación Sentencia del 5 de marzo de 1.992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. FALLO.

Se encuentra en la Sala el proceso de la referencia, para decidir el recurso de apelación incoado por el demandante contra la sentencia de marzo 5 del año en curso.

1. ANTECEDENTES

1.1. -Actuación Administrativa-

Con ocasión del decomiso de la suma de US$150.220 dólares, por parte de Segunda Brigada del Ejército Nacional, al demandado, se inició investigación administrativa por presunta violación al régimen de Control de Cambios Internacionales y Comercio Exterior; diligencias realizadas en la Ciudad de Barranquilla. Una vez perfeccionada se envió el expediente a Bogotá y en abril 9 de 1.987, La Superintendencia de Control de Cambios , formuló cargos al demandante, concluyendo con la resolución 0682de julio 16 de 1.987, que impone una multa al demandante, por valor de $12.410.274 por violación comprobada de los artículos 4 y 10 del Decreto Ley 444 de 1.967, y ordena la entrega de los dineros, previa conversión a moneda nacional.

Contra la resolución antes citada, se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante resolución No. 01039 de 16 de septiembre de 1.987, confirmado íntegramente el acto recurrido.

1.2. -La Demanda-

Solicita el demandante.

a) Que se declare la nulidad de las resoluciones No. 682 de julio 16 de 1.987 y la No. 1039 de 16 de septiembre del mismo año, ambas emanadas del Superintendente de Control de Cambios y que en su orden imponen y confirman una sanción.

b) Que como consecuencia de la primera declaración, que se disponga a título de restablecimiento del derecho, la devolución de lo indebidamente pagado por el actor.

Normas violadas y concepto de la violación-

Se invocan como normas violadas las siguientes:

a) Artículo 4 y 10 del Decreto Ley 444 de 1.967, por aplicación indebida.

b) Resolución No. 118 de 1.977 de la Superintendencia de Control de Cambios, que reglamenta el recibo de divisas por personas naturales y jurídicas, estatuto dictado por la entidad en ejercicio de las facultades otorgadas por el Decreto Ley 624 de 1.974, literales "f" y "g", por violación directa.

Según el actor de la Superintendencia desatendió las normas citadas, pues se cumplieron todos los presupuestos en ellas señalados tales como el de recibo de divisas por persona natural para cambiarlas por moneda nacional en ciudades fronterizas (Maicao y Riohacha), requisitos que pueden detectarse en las actas de las diligencias practicadas.

No desconoce el actor haber incurrido en la situación descrita en el Artículo 3 de la resolución 118 citada, consistente en la falta de autorización para recibir divisas, que acarrea multas sucesivas de hasta $20.000, pero contrariamente a la norma citada, la Superintendencia, dió aplicación a los Artículos 4 y 10 del Decreto 444 de 1.967 imponiendo una multa excesiva.

1.3. -Oposición a la demanda-

La Administración solicita que se desestimen las pretensiones de la demanda por haber ocurrido la caducidad de la acción de restablecimiento. Propone además como excepción, la legalidad de los actos acusados.

1.3.1. -Fundamentos de la oposición-

- El Decreto 444 de 1.967, es la ley marco del Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior, y la resolución 118de 1.977 expedida por la Superintendencia en desarrollo de las facultades conferidas por el Decreto 624 de 1.974 es un desarrollo normativo del primer estatuto citado y constituye una reglamentación exceptiva especial para el recibo de divisas dentro del territorio colombiano, cobijando a un número reducido de personas.

La resolución citada, cobija únicamente a las personas cuya actividad corresponda a cualquiera de los conceptos establecidos en su Artículo 1o., a saber, la prestación de servicios o venta de bienes a por menor, y el cambio de divisas por moneda nacional, correspondiendo tal actividad a las cajas o casas de cambios propiamente dichas. Además de exigir ciertos presupuestos adicionales por estar amparadas por la resolución en comento (ver folio 179 cuaderno principal).

En conclusión el incumplimiento de cualquiera de los presupuestos sitúa a la persona frente a las disposiciones del Decreto 444 de 1.967, circunstancia en la que se hallaba incurso el demandante al momento del decomiso y que fue demostrada en la investigación administrativa así que demostrada la ilegalidad en que incurrió el actor, le eran aplicables los Artículos 4 y 10 del Decreto 444 de 1.967.

1.3.2. -Excepción de caducidad de la acción-

La Administración notificó a la actora, el día 25 de septiembre de 1.987, la resolución 1039 de 16 de septiembre del mismo año.

Con fecha diciembre 22 del 1.988 el demandante presentó ante el Consejo de Estado su demanda, la cual fué remitida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por competencia, el día 4 de abril de 1.988.

Atendiendo lo dispuesto en el Artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, según el cual la presentación de la demanda no interrumpe la caducidad, debe tenerse como fecha de presentación el 4 de Abril de 1.988, en que fué recibida por el Tribunal, artículo 143 inciso 1o. *ibídem.*

2. -FALLO DE LA PRIMERA INSTANCIA-

El *a-quo* niega en su decisión las pretensiones del demandante, con fundamento en las razones que se resume a continuación.

- En relación con la caducidad impetrada por la Administración, ésta no se acoge por el Tribunal al considerar que el Término se interrumpió con la presentación de la demanda el día 22 de enero de 1.988, ante el Consejo de Estado.

- El demandante no acreditó reunir los requisitos señalados por el Decreto 444 de 1.967 ni los de la resolución 118 de 1.977, y por lo mismo no se hallaba facultado por la ley para negociar con divisas, circunstancias por él confesadas en la actuación administrativa, así como en el texto de la demanda.

- De conformidad con lo reseñado en el párrafo precedente, la Administración si estaba facultada para imponer, por la infracción al estatuto cambiario, sanciones económicas hasta por el 200% del monto de la infracción.

3. -LA APELACION-

La parte actora fundamentó su recurso en los argumentos que seguidamente se resumen:

- Se encuentra demostrada la violación de las normas superiores, dado que el demandante ejerce el comercio en zona fronteriza y por ello las leyes violadas, le dan un tratamiento especial.

- Al tenor de la ley, sólo se le podían imponer multas sucesivas hasta de $20.000, habiéndose excedido la Administración, causándole un agravio injustificado.

4. -ALEGATOS-

4.1. -De la demanda-

Para el momento en que se encontraban vigentes la normas que se demandan violadas, éstas consagraban unos presupuestos a cumplir por aquellas personas naturales, que en ciudades fronterizas realizaran transacciones con divisas, y que eran requisitos para obtener la autorización expedida por la entidad demandada.

A su vez la resolución 118, presuntamente violada, establecía un sistema de multas sucesivas hasta de ¢20.000, pero referidas a personas que gozaran de la autorización legal, el solo hecho de vivir en una zona fronteriza, no enmarca la conducta del actor, en lo preceptuado por la resolución No. 118 de 1.977, y por ello la actuación de la Superintendencia no puede considerarse ilegal, ya que observó todas las etapas del procedimiento y aplicó en debida forma la ley.

4.2. -Del Delegado del Ministerio Público-

Para el Ministerio Público, la decisión del Tribunal merece ser confirmada con fundamento en que tanto las disposiciones del Decreto 444 del 1.967 que se presumen violadas, así como las resoluciones 118 de 1.977 y 344 de 1.983, precisan las obligaciones para el particular que se dedica al cambio de moneda extranjera, a que lo hace en virtud de la venta de bienes al por menor o al cambio de moneda nacional o extranjera como actividad principal o subsidiaria. Condiciones y requisitos que no fueron satisfechas por el demandante, habiendo éste, confesado el desconocimiento de los mismos.

CONSIDERACIONES

Para la Sala, el problema planteado por el recurrente y que ha sido afirmado por él desde la demanda, consiste en determinar si por su condición de residente en ciudades fronterizas, le es aplicable la legislación que de manera exceptiva, permite la negociación y tenencia de divisas y que se encuentra en la resolución 118 de 1.977 o si, por el contrario, dadas las condiciones del caso *sub-examine*, obró bien la Superintendencia de Control de Cambios al aplicar el Decreto 444 de 1.967 en sus artículos 4 y 10.

La resolución No. 118 de 1.977, por la cual se reglamenta el recibo de divisas por personas naturales y jurídicas, fué expedida por el Superintendente de Control de Cambios en uso de las facultades otorgadas por los literales "f" y "g" del artículo 2 del

Decreto Ley 624 de 1.974, estatuto que en los preceptos de interés a éste asunto dispone:

"Artículo 1o. Además de los bancos comerciales podrán ser autorizadas para recibir divisas:

"a) Las personas naturales y jurídicas que presten servicios o vendan bienes al por menor;

"b) Las personas naturales y jurídicas que se dediquen al cambio de divisas por moneda nacional."

"Artículo 3o. Para desarrollar las actividades señaladas en el Artículo 1o. tales personas deberán solicitar y obtener del Superintendente de Control de Cambios, la respectiva autorización para recibir divisas, previa inscripción ante esta entidad.

"El Superintendente de Control de Cambios autorizará y expedirá la correspondiente credencial a quienes, además de cumplir con los requisitos de que trata esta resolución, gocen de reconocida honorabilidad y siempre que las circunstancias lo aconsejen.

"Parágrafo 1o. la solicitud de la inscripción y de la credencial deberá presentarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de expedición de esta resolución."

A su vez el artículo 15, inciso primero ibídem regula de manera especial la situación, cuando se trata de ciudades fronterizas o de gran afluencia turística, precepto que se transcribe a continuación, así como el artículo 16 que habla de las sanciones:

"Artículo 1o. Además de los bancos comerciales podrán ser autorizadas para recibir divisas:

"a) Las personas naturales y jurídicas que presten servicios o vendan bienes al por menor;

"b) Las personas naturales y jurídicas que se dediquen al cambio de divisas por moneda nacional."

"Artículo 3o. Para desarrollar las actividades señaladas en el Artículo 1o. tales personas deberán solicitar y obtener del Superintendente de Control de Cambios, la respectiva autorización para recibir divisas, previa inscripción ante esta entidad.

"El Superintendente de Control de Cambios autorizará y expedirá la correspondiente credencial a quienes, además de cumplir con los requisitos de que trata esta resolución, gocen de reconocida honorabilidad y siempre que las circunstancias lo aconsejen.

"Parágrafo 1o. la solicitud de la inscripción y de la credencial deberá presentarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de expedición de esta resolución."

A su vez el artículo 15, inciso primero ibídem regula de manera especial la situación, cuando se trata de ciudades fronterizas o de gran afluencia turística, precepto que se transcribe a continuación, así como el artículo 16 que habla de las sanciones:

"Artículo 15. Las personas naturales o jurídicas que se dediquen al cambio de divisas por moneda nacional en las ciudades fronterizas y las de gran influencia turística, tendrán la obligación de obtener su inscripción y credencial de la Superintendencia de Control de Cambios.

Igualmente estarán obligadas a reintegrar las divisas al Banco de la República., directamente o a través de los bancos comerciales dentro del plazo señalado en el Artículo 4o. y a presentar entre dicha Superintendencia la relación mensual del volumen de divisas adquiridas, dentro del plazo establecido en el Artículo11.

"La relación mensual deberá contener los siguientes datos: nombre e identidad de la persona natural que reciba las divisas, razón social y nombre e identidad del representante legal de la persona jurídica, clase de moneda, cantidad, y a ella deberá anexarse el comprobante de venta del banco correspondiente.

"Las personas naturales y jurídicas a que se refiere este artículo, no estarán obligadas a expedir los recibos de compra de divisas de que trata el Artículo 13 y para la inscripción de las personas naturales no será necesario adjuntar el certificado del registro mercantil sobre matrícula y libros de contabilidad; a dichas personas, para obtener inscripción y credencial, les bastará presentar la solicitud ante la Superintendencia, indicando el nombre, identidad, actividad y si tiene establecimiento abierto al público, el nombre de éste, dirección y la correspondencia autorización de funcionamiento, así como el certificado del registro mercantil.

"Quienes se hayan inscrito conforme a la Resolución 430 de 1976, gozarán de un plazo de tres (3) meses a partir de la expedición de esta resolución para solicitar su correspondiente inscripción y credencial.

"Las demás personas naturales o jurídicas que reciban divisas en tales ciudades se sujetarán a las demás disposiciones de esta resolución.

"Para los efectos de este artículo señálense como ciudades fronterizas y de gran afluencia turística las siguientes: Cúcuta, Arauca, Maicao, Leticia, Riohacha e Ipiales.

"Artículo 16. El incumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución será sancionado con multas sucesivas hasta de $20.000.00, convertibles en arresto, de conformidad con el inciso 2o. del Artículo 225 del Decreto - Ley 444 de 1.967 y demás disposiciones concordantes, sin perjuicio de que el Superintendente de Control de Cambios pueda decretar mediante resolución la suspensión o la revocación de la autorización otorgada".

De las normas antes transcritas la Sala llega a las hipótesis que a continuación se enuncian:

a. - Que pueden, además de los bancos, las personas nombradas en el artículo 1o. de la resolución citada, recibir divisas .

b. - Que tanto las personas naturales o jurídicas que reciban divisas, por concepto de venta de bienes al por menor o por dedicarse al cambio de las mismas, deben cumplir los requisitos prescritos en su orden, por los artículos 7 a 11 y 12 a 14.

c. - Que en todos los casos, incluído el desarrollo de la actividad en ciudades fronterizas, es indispensable haber tramitado la inscripción y haber obtenido la autorización expedida por la Superintendencia de Control de Cambios.

d. - Que cuando la actividad no encuadre en cualquiera de las disposiciones especiales y exceptivas como las de la resolución bajo análisis, quedará sometida a los preceptos que de manera general, se encuentran en el Decreto Ley 444 de 1.967.

Conviene entonces someter a examen la conducta del demandante bajo la perspectiva de las situaciones que se acaban de plantear.

Con fundamento en el presupuesto o hipótesis, planteada en el literal "a", correspondía ál actor, acreditar que se dedicaba a la prestación de servicios o venta de bienes al por menor, o bien al cambio de moneda como caja o casa de cambios, y hecho lo anterior que cumplía los requisitos para realizar la actividad, conforme el planteamiento "b". Sin embargo, examinando el expediente en la parte relacionada con la investigación administrativa, no aparece demostrada ninguna de las exigencias planteadas, hallándose, eso si, la declaración libre y espontánea del actor en el sentido de ignorar las prescripciones de las normas en comento, (ver folio 81, cuaderno de antecedentes administrativos).

En relación con el presupuesto "c", sin lugar a dudas , se comprobó la falta de autorización para negociar divisas, aún en la especial circunstancia de hallarse el actor en ciudad fronteriza (Maicao), hecho que reveló en su declaración mencionada

en el párrafo anterior, y que como consecuencia lo somete a las reglas del Decreto 444 de 1.967, pues, sanamente entendido el artículo 16 de la resolución 118 de 1.977, sólo es aplicable a quienes previamente hayan obtenido la autorización que para el caso expide la Superintendencia de Control de Cambios.

Se concluye entonces, que si el actor no cumplió con los presupuestos y requisitos que permitieran la aplicación de disposiciones exceptivas y especiales, la autoridad administrativa automáticamente se hallaba facultada para dar aplicación a las normas generales en lo relacionado con operaciones cambiarias.

En las circunstancias enunciadas, no es aceptable la alegada ignorancia del infractor, pues de manera reiterada y atendiendo la naturaleza de las contravenciones administrativas, así como de los objetivos públicos por las normas que las consagran, la Sala ha reiterado:

> "Tampoco exonera de la imposición de la sanción la falta de culpa, el error excusable de buena fé, ni la ausencia de dolo, alegados por la demanda, porque como bien lo anota la colaboradora fiscal, tratándose de contravenciones administrativas, la responsabilidad es de carácter meramente objetivo, y resulta de la simple transgresión de la norma independientemente de los motivos o circunstancias. Si bien la fuerza mayor o el caso fortuito exoneran de responsabilidad, debe probarse que sucedió un imprevisto imposible de resistir y quien lo alega en su favor, debe demostrar además que en su acaecer no influyó en manera alguna su conducta porque a pesar de las medidas razonables adoptadas para prevenirlo, el suceso tuvo característica de irresistible e imprescindible, circunstancia que no prueba la apelante". (Expediente 3622, actor. Banco Cafetero, sentencia del 28 de febrero de 1.992, Sección Cuarta, ponente, Doctora Consuelo Sarria Olcos).

En consecuencia, y acogiendo los planteamientos del Tribunal, así, como los del Delegado del Ministerio Público, la Sala no encuentra fundamentos para revocar la providencia apelada y por lo mismo, ésta habrá de confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE, la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que la presente providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn*.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/CONCEJO DISTRITAL

Los concejos Municipales o distritales son entes de carácter administrativo que no pueden crear impuestos, salvo que estén previamente autorizados por una Ley del Congreso de la República que los faculte, porque tales Corporaciones en materia impositiva tienen un competencia derivada y restringida. En el caso sub-exámine el Concejo Distrital de Bogotá, sin que existiera autorización legal alguna, creó un nuevo impuesto a cargo de terceros contratistas o titulares de cuentas de cobro del Distrito Especial o de sus entidades descentralizadas, puesto que si bien el Artículo 172 del Decreto 1333 de 1.968 prevé que los municipios y el Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital) pueden crear los impuestos y contribuciones a que se refieren los Artículos siguientes a esa norma, en ninguno de ellos se autoriza la creación de impuestos a que hace referencia las normas acusadas.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta Santa Fe de Bogotá D.C. noviembre doce de mil novecientos noventa y dos.

Ref: Radicación 4258. Apelación sentencia de mayo 7 de 1.992, del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad del literal a) del Artículo 3o. del Acuerdo 17 de 1.987, y el Artículo 12 del Acuerdo 15 de 1.988, expedidos por el Concejo Distrital de Bogotá. Actor: Carlos Galindo Pinilla. FALLO.

Magistrada Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Distrito Capital, contra la sentencia de 7 de mayo de 1.992 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró la nulidad del literal a) del Artículo 3o. del Acuerdo 17 de 1.987 y del Artículo 12 del Acuerdo 15 de 1.988, expedidos por el Concejo Distrital de Bogotá.

ANTECEDENTES

Mediante el Acuerdo 17 de 1.987, el Concejo Distrital de Bogotá creó el Fondo de Salud Mental y Asistencia al Anciano. En su Artículo 3o. literal a) determinó que el patrimonio del Fondo estaría constituido por:

> "a) Los recursos provenientes que la Administración Distrital descontará de los pagos que realice a terceros, excluyendo los trabajadores, empleados, contratos de prestación de servicios y transferencias interinstitucionales, un porcentaje sobre el valor de los contratos, órdenes de trabajó, órdenes de suministro, órdenes de compra y similares, celebrados a partir del 1o. de enero de 1.988, de acuerdo con la siguiente escala:

"De 0 hasta $5.000.000	0.5%
De $5.000.001 hasta $20.000.000	1.0%
De $20.000.001 hasta $100.000.000	1.5%
Más de $100.000.000	2.0%

Los mencionados recursos serán transferidos mensualmente a este Fondo". (folio 8).

Por su parte, el Artículo 12 del Acuerdo 15 de 1.988 reprodujo en términos generales la anterior disposición.

LA DEMANDA

Las normas violadas y el concepto de la violación se sintetizan así:

- Artículos 43, 191 y 197 de la Constitución Política de 1.886. Porque la competencia de las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, incluido el Concejo Distrital está limitada y condicionada por el legislador, de tal forma que para que la puedan ejercer tales Corporaciones e indispensable la autorización expresa y específica de la Ley. La iniciativa en materia tributaria está reservada al Congreso de la República, por lo tanto, las Asambleas y Concejos poseen una competencia limitada a organizar y reglamentar los gravámenes que la Ley haya creado, con subordinación a la Ley y a las ordenanzas. Los anteriores planteamientos los apoya en las sentencias del Consejo de Estado de 19 de mayo de 1.971, Consejero Ponente: Doctor Gómez Mejía, y de 1o. de julio de 1.988, Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate; y de la Corte Suprema de Justicia de 12 de marzo de 1.980, Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Sáchica.

En el presente caso, a través de las normas acusadas se creó un impuesto que deben cubrir terceros contratistas o titulares de cuentas de cobro a cargo del Distrito

Especial o de sus entidades descentralizadas, que no corresponde al pago de ningún servicio prestado por tales, y que presenta una destinación específica, tendiente a financiar un organismo distrital que presta un servicio público.

LA OPOSICION

El apoderado del Distrito Especial de Bogotá se opone a las pretensiones de la demanda por considerar que el Concejo Distrital no creó ningún impuesto, sino simplemente una tarifa que configura una expensa necesaria en los trámites que ante el Distrito deben observar los contratistas y demás personas que suministran bienes o presten servicios a la Administración Distrital. Tales pagos no constituyen una erogación más para el contratista y se incluye dentro del valor total del contrato o suministro.

Finalmente indica que no hay objeto para un pronunciamiento de fondo en atención a que el Artículo 12 del Acuerdo 15 de 1.988 regía para la vigencia de 1.989 y esa vigencia expiró sin que la norma hubiera previsto los efectos hacia el futuro.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda con base en los siguientes argumentos:

La facultad impositiva de los Concejos Municipales es derivada. Así lo establecía la anterior Constitución y lo establece la actual.

El Código del régimen Municipal, Decreto 1333 de 1.986, en su Artículo 172 establece que los Municipios y el Distrito Especial de Bogotá pueden crear los impuestos y contribuciones a que se refieren los Artículos siguientes, pero, en ninguno de ellos se autoriza la creación de los impuestos relacionados con las normas acusadas.

El Concejo Distrital, a través de las normas demandadas estableció un tributo, para lo cual no tenía facultades, y no puede entenderse como la simple aplicación de una tarifa como lo afirma la parte demandada.

Tal y como lo indica el colaborador fiscal en primera instancia, el Concejo Distrital, de conformidad con la documentación aportada al proceso, no se hallaba facultado para establecer el gravamen en discusión.

Finalmente indica que al prosperar el cargo relativo a la falta de facultad impositiva del Concejo Distrital, no examina lo relacionado con la alegada sustracción de materia respecto del Artículo 12 del Acuerdo 15 de 1.988.

EL RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y lo sustentó indicando que el porcentaje estableció en las normas acusadas es una participación definida como un ingreso no tributario en el Acuerdo de 1.985, y que constituye una expensa que deben cancelar los terceros que contratan y suministran bienes a la Administración Distrital. Tal expensa configura un gasto para el contratista que debe tener en cuenta dentro del costo final del contrato o la prestación del servicio.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandante dentro de la oportunidad procesal para alegar de conclusión manifestó que está demostrado que el gravamen establecido mediante las normas demandadas no fue autorizado por la Ley, configurándose la violación de las normas superiores, esto es, de los Artículos 191 y 197 de la anterior Constitución, y 300-4, 313-4 y 338 de la actual Constitución política.

En el presente caso, la causa de la carga que pesa sobre la persona obligada no surge de la utilización de un servicio público prestado por el Distrito Especial de Bogotá, sino se impone con ocasión del simple ejercicio lícito de cobrar una deuda a cargo de aquél. Tal situación se ubica en el ámbito del impuesto, en el que la materia gravable está constituida por la actividad de cobrar y recibir el pago de una acreencia pública, y el sujeto gravado es quien cobra y recibe el pago.

La apoderada de la parte demandada hace énfasis en lo planteado al sustentar el recurso de apelación y solicita a esta Corporación se declare inhibido para hacer un pronunciamiento de mérito o en su defecto revoque la sentencia de primera instancia , con base en los siguientes argumentos:

- Para controvertir los planteamientos del demandante, manifiesta que el Doctor Enrique Low Murtra, en una conferencia sobre la capacidad de las Asambleas y los Concejos Municipales para crear impuestos afirmó que el Artículo 191 de la Constitución de 1.886 al indicar que las Asambleas Departamentales pueden establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fije la Ley, se refiere a que es la Ley la que debe señalar tales límites y mientras no los fije, la Asamblea es libre de actuar. En un sentido análogo se debe entender el Artículo 197 de la anterior Constitución con respecto a la facultad que tienen los concejos Municipales de votar las contribuciones y también el Artículo 43 ib., en relación con la potestad general a favor de Asambleas y Concejos para imponer contribuciones.

- Las normas demandadas crean una tasa parafiscal, consistente en una suma de dinero que recibe el Distrito para financiar el Fondo de Salud Mental. Tales normas fueron expedidas conforme a la definición legal de tributo y de conformidad con

las atribuciones conferidas a los Concejos Municipales por el Decreto 3133de 1.968 en su Artículo 13-2.

- Finalmente afirma que dentro de los debates que se le dieron a las normas discutidas en el Concejo de Bogotá, surge la justificación de la creación del Fondo de Salud Mental y Asistencia al Anciano Desamparado, entendiendo que tal institución necesita un patrimonio, que en su momento se otorgó por medio de la tasa creada en legal forma para la vigencia fiscal de 1.989, que en la actualidad no se encuentra vigente.

El Señor Procurador Tercero Delegado ante lo Contencioso considera que teniendo en cuenta que el ejercicio de la facultad impositiva que el Artículo 43 de la Constitución de 1.886 atribuye a los Concejos Municipales está condicionado a las autorizaciones que establece la Ley, de conformidad con el Artículo 197-2 ib., los Concejos solo pueden crear los impuestos que hayan sido previstos por la Ley.

Tal como lo indica el Tribunal, el Decreto 1333 de 1.986, en su Artículo 172 establece que los municipios y el Distrito Especial de Bogotá pueden crear los impuestos y contribuciones a que se refieren los Artículos que siguen a tal norma, pero, en ninguno de ellos se autoriza la creación de los impuestos o contribuciones con los que se relacionan las normas demandadas.

El Concejo Distrital de Bogotá, a través de las normas demandadas creó un nuevo gravamen o impuesto no autorizado por la Ley, siendo así procedente declarar la nulidad de tales normas, por desconocimiento de las normas superiores.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala ha precisado en diferentes oportunidades que los Concejos Municipales o Distritales son entes de carácter administrativo que no pueden crear impuestos, salvo que estén previamente autorizados por una Ley del Congreso de la República que los faculte, porque tales Corporaciones, en materia impositiva tienen una competencia derivada y restringida, de conformidad con los Artículos 197-2 de la anterior Constitución Política y 313-4 y 338 de la actual Constitución.

Por su parte, el Artículo 13 del Decreto 3133 de 1.968, en relación con el Concejo de Bogotá, establece que además de las atribuciones conferidas por la Constitución y las Leyes a los Concejos Municipales y en especial al de Bogotá, éste tiene competencia para votar en conformidad con la Constitución y la Ley las contribuciones, impuestos y tasas, y gastos locales.

En el caso *sub-examine*, el Concejo Distrital de Bogotá, sin que existiera autorización legal alguna, a través de las normas acusadas creó un nuevo impuesto a cargo

de terceros contratistas o titulares de cuentas de cobro del Distrito Especial o de las entidades descentralizadas. Tal impuesto presentó una destinación específica, dirigido a financiar el Fondo de Salud Mental y Asistencia al Anciano Desamparado.

Así como lo indicó el Tribunal *a-quo*, el Artículo 172 del Decreto 1333 de 1.986 prevé que los municipios y el Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital) pueden crear los impuestos y contribuciones a que se refieren los Artículos siguientes a esa norma, pero, en ninguno de ellos se autoriza la creación de los impuestos a que hacen referencia las normas acusadas.

De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que el Concejo de Bogotá al expedir los actos acusados excedió su facultad impositiva, desconociendo las normas superiores a que debía someterse, siendo este, motivo suficiente para acceder a la anulación de los actos demandados, tal como lo hizo el a quo.

Finalmente advierte la Sala, que aunque el Artículo 12 del Acuerdo 15 de 1.988 regía solo para la vigencia de 1.989, es procedente el pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de carácter general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, debido a que el contencioso popular de anulación persigue el imperio del orden jurídico y restablecimiento de la legalidad.

En mérito de lo expuesto, el Concejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fué considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

VINCULACION ECONOMICA-Inexistencia/**IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

Si bien el Artículo 11 del Decreto 1988 de 1.974 al referirse al aspecto de la vinculación económica para efectos del impuesto sobre las ventas inicialmente se remitió al capítulo XI del Título I del Libro Segundo del Código de Comercio que regula lo concerniente a algunos casos, entre otros, en que se encontraba una sociedad frente a dicho fenómeno (Artículo 261 ibídem) lo cierto es que el Decreto Reglamentario 2815 en el parágrafo del Artículo 3o. los limitó taxativamente a los tres que allí aparecen, no siendo por lo tanto aplicable en la parte que decía: "Se entenderá que hay vinculación de dos o más sociedades cuando existan intereses económicos, financieros o administrativos entre ellas, comunes o recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia" que es la interpretación que la Administración pretende darle a este caso.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta
Santafé de Bogotá D.C. doce de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref: Expediente No. 4289. Actor: Ramírez Johns & Cía. C.A. Apelación sentencia 29 de mayo de 1.992 Tribunal Administrativo de Antioquía. (Impuesto a las ventas quinto (5o.) bimestre de 1.978). FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Administración Local de Impuestos Nacionales de Antioquía -Unidad Administrativa Especial, contra la sentencia de 29 de mayo de 1.992 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquía modificó los actos de determinación del impuesto sobre las ventas del quinto bimestre de 1.978 a cargo de la sociedad RAMIREZ JOHNS Y CIA. S.C.A. NIT. 90.903.744.

ANTECEDENTES

Con base en visita de funcionarios de la Administración Tributaria ordenada mediante auto comisorio V-089 de agosto 27 de 1.980 y previo requerimiento especial enviado a la sociedad actora, la División de Liquidación de la Administración Regional de Impuestos de Antioquía mediante liquidación de revisión No. 0102 de abril 2 de 1.981 la consideró responsable del impuesto a las ventas por el bimestre discutido, por un valor de ventas netas gravables de $2.809.940, aplicándoles la tarifa del 35% e imponiendo sanciones por inexactitud del 200% (art. 28 Ley 52/77) y sanción del 10% por no expedir facturas (art. 15 Decreto 2368/74).

En el respectivo memorando de liquidación se precisa que la sociedad Julio y José Ramírez Johns S.A. es importadora de los billares marca "Champiom"; que el intermediario en estas operaciones comerciales es la Distribuidora de billares Ltda. y que su distribuidor EXCLUSIVO que realiza las ventas es la firma Ramírez Johns y Cia. C.A. o sea la sociedad actora, a más de que la administración de ellas está a cargo de José Ramírez Johns.

Así mismo se destacan en el mencionado memorando de la liquidación oficial las irregularidades de tipo contable con respecto a las órdenes de pedido y la expedición de las facturas que por este motivo dieron origen a sanciones pecuniarias del orden de $2.065.305. (fls. 15 al 22).

La División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín en resolución No. 0152 de octubre 31 de 1.988, al decidir el recurso de reconsideración hace énfasis en las irregularidades de tipo contable en cuanto al valor de los pedidos y la expedición de las facturas y también sobre la vinculación económica, reiterando una vez más que está establecida tal relación entre las sociedades JULIO Y JOSE RAMIREZ JOHNS Y CIA. S.A. RAMIREZ JOHNS Y CIA C.A. y DISTRIBUIDORA DE BILLARES LTDA. pues la primera de las nombradas es importadora de los billares marca "Champion", la segunda, o sea la actora su distribuidor EXCLUSIVO y la tercera, la intermediaria de estas transacciones. Anota que de acuerdo con las actas de visita practicadas a estas tres sociedades, de su estudio se concluye que existen intereses económicos, financieros y administrativos comunes. Con los anteriores argumentos confirma la liquidación oficial, agotándose de esta manera la vía gubernativa (fls.23 a 32).

En la demanda ante el tribunal la actora planteó algunos aspectos procedimentales y como cuestión de fondo se refirió al Artículo 10 del Decreto 1988 de 1.974 que define quiénes son responsables del impuesto sobre las ventas puntualizando: que **no es productora** porque no fabrica Artículos terminados ni encarga su elaboración a terceros para venderlos bajo su responsabilidad; que **no es importadora** por cuanto las mercancías que venden ninguna ha sido importada directamente ni por persona natural o sociedad económicamente vinculada; y que **falta la vinculación** económica porque para que exista en términos fiscales del impuesto sobre las ventas es necesario que la operación de venta tenga lugar entre sociedades, empresas y socios, en los

casos contemplados en los ordinales del Artículo 3o. del Decreto 2815 de 1.974. Señala que la composición de los socios y el capital social que resultó en el momento de practicarse la visita es del 21.40% del capital que las sociedades socias tienen en dicho capital, siendo el resto de personas naturales. Por consiguiente, descarta el fenómeno de **subordinación** a que hace referencia el parágrafo del Artículo 3o. ibídem. Así mismo, la demandante hizo alusión al concepto No. 28119 de la sub-Dirección Jurídica de la DIN de fecha 9 de octubre de 1.975 en el cual se precisa que en virtud de lo preceptuado por el parágrafo del artículo 3o. del Decreto 2815 de 1.974 y el Artículo 16 del Decreto 584 de 1.975 las circunstancias de "vinculación económica", por el fenómeno jurídico de la subordinación quedó limitado exclusivamente a los tres casos planteados en el parágrafo del Artículo 3o. del Decreto 2815 de 1.974, no existiendo, por lo tanto en la legislación del impuesto sobre las ventas, casos de vinculación económica diferentes a los establecidos en el mencionado Decreto 2815 de 1.974.

Por su parte el *a-quo* luego de pronunciarse en forma adversa a las cuestiones procedimentales planteadas, accedió a las súplicas de la demanda teniendo como fundamento la sentencia del Consejo de Estado de fecha 27 de noviembre de 1.991 (exp. No. 3426, actora Ramírez Johns y Cia. C.A. ponente, doctora Consuelo Sarria O.) en la cual básicamente se puntualiza que entre las tres sociedades mencionadas en el caso que se discute existe una relación evidente como se ha dicho; que en la época en que se surtió la actuación el manejo del impuesto a las ventas era de etapa única (Decreto 1988 de 1.974), y no cobijaba a quienes efectuaban la comercialización de los bienes, pues existía la posibilidad de su causación en diferentes etapas de la comercialización, si las transacciones se realizaban entre el primer responsable productor e importador y sus vinculados económicos, hasta quedar en manos del verdadero comerciante.

Y respecto a la vinculación económica coincide con el criterio de la DIN expuesto en el concepto No. 28119 de octubre 9 de 1.975 haciendo énfasis en que no tiene vigencia el vocablo "entre otros" que contiene el parágrafo del Artículo 3o. del Decreto 2815 de 1.974 por la limitación consagrada en el art. 16 del Decreto 584 de 1.975, no siendo por lo tanto pertinente tomar como vinculación a hechos tales como el control económico, financiero o administrativo.

De manera pues que de acuerdo con lo sucintamente expuesto, el Tribunal anuló parcialmente los actos de determinación acusados, dejando sólo en pie la sanción impuesta por no expedir facturas (art.15 Decreto 2368 de 1.974).

RECURSO DE APELACION

La Administración Local de Impuestos Nacionales de Antioquia Unidad Administrativa Especial, por conducto de apoderada apela el fallo del Tribunal e insiste que a juicio de la Administración existe vinculación económica entre las sociedades RAMIREZ JOHNS Y CIA. C.A., DISTRIBUIDORA DE BILLARES LTDA. y JU-

LIO Y JOSE RAMIREZ JOHNS S.A. y por ende responsabilidad fiscal de la actora frente al impuesto sobre las ventas. Luego de referirse al Decreto Legislativo 1988 de 1.974 (Artículo 11) que remite la vinculación económica a los casos contemplados en el Capítulo XI del Titulo Primero del Libro Segundo del Código de Comercio; y más exactamente el Artículo 261, concluye que los casos posibles de subordinación son muchos porque a juicio de eminentes tratadistas de derecho mercantil las vinculaciones de las sociedades son innumerables, pues abarcan todas las posibilidades de alianzas económicas que les facilita actuar en una misma directriz con derroteros idénticos, conexos o complementarios. De acuerdo con el anterior criterio referente a la vinculación económica que ha trazado el derecho mercantil, dice que en materia del impuesto sobre las ventas, la Ley no hizo enumeraciones taxativas ni determinó con exactitud cuándo una sociedad debe considerarse vinculada con respecto a otra.

Seguidamente la apelante, avoca la Interpretación del parágrafo del Artículo 3o. del Decreto 2815 de 1.974 y lo que preceptúa el Artículo 16 del Decreto 584 de 1.975 para señalar que la limitación allí contenida se refiere únicamente a la vinculación por subordinación pero no a la vinculación por intereses comunes y recíprocos, pues a su entender hay vinculación siempre que se configure cualquier situación de control o dependencia o cuando exista comunicad o reciprocidad de intereses económicos, financieros o administrativos. En conclusión sostiene que la vinculación se configura cuando se presenta cualquier situación de control o dependencia y que una interpretación limitando el concepto de vinculación es contraria a la Ley, pues se estarían haciendo distinciones que la Ley no hace. Por tanto, pide la revocación de la sentencia del Tribunal y en su lugar se confirme la actuación cumplida por los funcionarios de impuestos (fls.81 a 90).

Traslado a las partes.

En primer lugar descorre el traslado el señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, Doctor Jaime Ossa Arbeláez quien se remite a las argumentaciones expuestas en otro proceso donde se pronunció sobre un asunto jurídicamente idéntico al de la referencia, entre las mismas partes y en donde se debatieron iguales razones de hecho y de derechos (concepto 131-91), transcribiendo la cuestión de fondo en la cual se estudian los Artículos 11 del Decreto 1988 de 1.974 y el Artículo 3o. del Decreto Reglamentario No. 2815 de 1.974 en cuanto atañe a qué debe entenderse por vinculación económica en materia del impuesto sobre las ventas, concluyendo que en el expediente no existen pruebas que demuestren que entre las sociedades RAMIREZ JOHNS Y CIA. S.C.A., JULIO Y JOSE RAMIREZ JOHNS Y CIA. S.A. y DISTRIBUIDORA DE BILLARES LTDA. se dan las circunstancias que las mencionadas normas señalan para determinar si alguna de ellas puede ser considerada matriz y las otras subordinadas y que por lo tanto, se configura, entre las mismas, el fenómeno de la "vinculación económica" tal como lo definen los Artículos 11 del Decreto 1988 de 1.974 y 3o. del Decreto 2815 de ese mismo año. También hace referencia al fallo de 27 de septiembre de 1.991 (Exp. No. 3426) de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el cual se accedió a las súplicas de la demanda. Por tanto pide la confirmación de la sentencia apelada (fls. 105 a110).

En segundo lugar, descorre el traslado el apoderado de la Nación -Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos Nacionales quien repite lo mismos argumentos expuestos por la abogada de la Administración que sustentó la apelación, es decir reiterando que la limitación consagrada en el Decreto 584 de 1.975 se refiere únicamente a la vinculación por subordinación, pero nó a la vinculación por intereses comunes y recíprocos , dicho en otras palabras que se configura cualquier situación de control o dependencia o cuando exista comunidad o reciprocidad de intereses económicos, financieros o administrativos: Señala que basta leer el numeral 5o. del Artículo 3o. del Decreto 2815 de 1.974, o el párrafo final del Artículo 261 del C. de Co. para concluir que la actora se encuentra en las circunstancias descritas para configurar la vinculación económica. En consecuencia, el apoderado de la Nación aboga porque los actos de determinación acusados se confirmen, previa revocación de la sentencia de primera instancia (fls. 118 a 125).

En tercer lugar, también descorre el traslado pero extemporáneamente la parte demandante en memorial presentado el 9 de noviembre del año en curso y que obra a folios 126 a 131.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Del examen del memorando explicativo de la liquidación claramente se deducen dos cosas. La primera, que con motivo de la visita se presentaron irregularidades en la contabilidad de la actora tanto al expedirse las notas de pedido como las facturas; y la segunda, que se estableció que la sociedad Julio y José Ramírez Johns S.A. es importadora de los billares marca "Champion", siendo su intermediario la sociedad Distribuidora de Billares Ltda. y su distribuidor EXCLUSIVO, la sociedad demandante.

En relación con las irregularidades contables, el acto liquidatorio oficial señala que se infringen en particular los Artículos 48, 51 y 55 del Código de Comercio y por lo tanto se originan las sanciones por inexactitud del 200% (Artículo 28 Ley 52 de 1.977) y del 10% del impuesto correspondiente por el incumplimiento de expedir facturas. Empero, cuando se considera a la sociedad como responsable del impuesto a las ventas por el quinto bimestre de 1.978 y se toma como base la cifra de $2.809.940 para hacer la liquidación y aplicarle la tarifa del 35%, la liquidación oficial de revisión no invoca norma legal alguna. De ahí que entonces resulte acertada la apreciación de la Delegada de la Procuraduría cuando afirma que dentro de toda la motivación del acto liquidatorio acusado no aparece señalada la causal dentro de la cual la Administración Tributaria sitúa a la actora para considerarla vinculada económica de otras.

De otra parte no debe perderse de vista el hecho de que en otros pronunciamientos de esta Corporación se ha puntualizado que, si bien el Artículo 11 del Decreto 1988 de 1.974 al referirse al aspecto de la vinculación económica para efectos del impuesto sobre las ventas, inicialmente se remitió al capítulo XI del Titulo Primero

del Libro Segundo del Código de Comercio que regula lo concerniente a algunos casos, entre otros, en que se encontraba una sociedad frente a dicho fenómeno (Artículo 261 ibídem), lo cierto es que el Decreto reglamentario 2815 en el parágrafo del Artículo 3o. los limitó taxativamente a los tres que allí aparecen, no siendo por lo tanto aplicable en la parte que decía: "se entenderá que hay vinculación de dos o más sociedades cuando existan intereses económicos, financieros o administrativos entre ellas, comunes o recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia" que es precisamente ésta la interpretación que la Administración Tributaria pretende darle al asunto *sub-examine* para hacer responsable a la actora del impuesto sobre las ventas.

Sobre este punto conviene transcribir la parte pertinente que trae la demanda en cuanto lo dicho por la Sub-Dirección Jurídica en oficio 28119 de octubre 9 de 1.975:

> "En el siguiente aspecto de su consulta debe anotarse que si bien el Decreto 1988 de 1.974 se remitió al Capítulo XI del Título Primero del Libro Segundo del Código de Comercio a efectos de establecer la vinculación económica en los casos allí consagrados, también los como se dijo anteriormente que el Decreto 2815 de 1.974 señaló taxativamente las circunstancias de vinculación económica, reglamentando el concepto de sociedad subordinada, concepto que fué limitado por el Decreto 584 de 1.975 a los tres casos planteados en el parágrafo del artículo tercero del Decreto 2815 de 1.974. No existe pues, en la actual legislación del impuesto, casos de vinculación económica diferentes a los establecidos en el Decreto 2815 de 1.974. En consecuencia, el control económico financiero y administrativo deberá entenderse en armonía con las normas citadas no pudiendo exceder en ningún momento el marco del parágrafo del Artículo tercero del Decreto 2815 de 1.974, que circunscribe el concepto de subordinación a una relación de capital, de utilidades y de control administrativo del quorum mínimo decisorio en la junta de socios" (fls. 36/37).

De esta manera, la Sala ratifica lo dicho el 27 de septiembre de 1.991 mediante la sentencia que desató el juicio No. 3426, en que la misma sociedad discutía idénticas cuestiones pero en relación con el VI bimestre de 1.978, de la cual fue ponente la Doctora Consuelo Sarria Olcos.

Visto lo anterior procede la Sala a confirmar la sentencia apelada por no haberse configurado el presupuesto jurídico indispensable para establecer la vinculación económica al tenor de las normas antes mencionadas.

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1o. - CONFIRMASE la sentencia de 29 de mayo de 1.992 proferida en el juicio 25.334 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia modificó los actos de determinación del impuesto sobre las ventas del quinto bimestre de 1.978 a cargo de la sociedad RAMIREZ JOHNS Y CIA. C.A. Nit. 90.903.744.

2o. - Reconócese personería al Doctor Luis Roberto Sandoval Navas de acuerdo con poder visible a folio 111 del expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido puede consultarse la sentencia del 12 de noviembre de 1.992, Exp. No. 4272.

IMPUESTO A JUEGOS ELECTRONICOS/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

El impuesto a los juegos electrónicos no es el mismo que se cobra sobre el valor de boletas o tiquetes o sobre los premios, sino por cada máquina a través de la cual se realiza el juego y que en consecuencia es diferente del que están autorizados los Municipios para reglamentar de conformidad con lo establecido en el Decreto 1333 de 1.986. En consecuencia no puede aceptarse que se trata del impuesto de industria y comercio, ni del impuesto de casinos, ni del impuesto de juegos permitidos, los cuales si son de creación legal. Resulta indiferente el conocer el alcance del Acuerdo por medio del cual se otorgaron las facultades al Alcalde para la expedición del Decreto demandado por cuanto no podía el Concejo Municipal delegar una facultad impositiva de la cual carecía, pues no se le había conferido de Ley alguna. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del aparte del Artículo 9o. del Decreto 112 de 1.989 de la Alcaldía de Sogamoso que reza: "Máquinas electrónicas $5.000".

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta
Santafé de Bogotá D.C. doce de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref: Expediente No. 4494. Actor: Oscar Held Klee. Apelación del Auto de septiembre 2 de 1.992 proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá. Auto.

Decide la Sala sobre el recurso de apelación formulado por la parte actora contra el auto del 2 de septiembre de 1.992, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante el cual se dispuso admitir la demanda incoada contra los Artículos 9o. y 10o. del Decreto Municipal No. 112 del 17 de diciembre de 1.989, expedido por la Alcaldía de Sogamoso, negándose la suspensión provisional solicitada.

La apelación se refiere a la negativa del Tribunal a decretar la suspensión provisional y se fundamenta en que al haber expedido el Alcalde Municipal de Sogamoso el Decreto demandado, estableció un impuesto nuevo y diferente sin autorización de la Ley, con lo cual violó las disposiciones constitucionales que exigen que las contribuciones y gastos locales sean votados en conformidad con la Constitución, la Ley y las ordenanzas. Dice el apelante que se vulneró el ordenamiento constitucional, tanto el de la anterior Constitución, como el de la presente que es similar, pues no existe norma legal alguna que le dé al Concejo Municipal ni al Alcalde de Sogamoso atribuciones para fijar en dicha norma, el Decreto 112 de 1.989, el impuesto que consagró en sus Artículos 9o. y 10o. para las máquinas de juegos electrónicos.

Aduce el apelante en favor de su solicitud de revocación del acto apelado, abundante jurisprudencia del Consejo de Estado en casos que considera similares, en los cuales se decretó la medida precautelativa bien por el Tribunal a-quo al admitir la demanda, ora por el Consejo de Estado al resolver sobre apelaciones contra autos que la denegaron.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal, para efectos de fundamentar su decisión negativa al otorgamiento de la suspensión provisional argumentó que como el Decreto demandado fué expedido por el Alcalde de Sogamoso en uso de facultades pro tempore que le otorgara el Concejo de Sogamoso mediante Acuerdo Municipal, cuyo alcance y contenido se desconoce por el Tribunal, no es posible definir "si entre el Decreto demandado y el Acuerdo en mención, se presenta o no una hipótesis de unidad jurídica" (fl.40). Se concluyó por el Tribunal que hasta tanto no se conozca el alcance del referido Acuerdo no es procedente llegar a una conclusión que permita la medida de suspensión provisional impetrada.

La Sala al estudiar los argumentos de la apelación y los fundamentos de derecho indicados por el demandante como base de su solicitud de suspensión provisional encuentra que la única violación manifiesta que se le edilga a las normas acusadas es la que hace referencia al Artículo 197 numeral 2. La demanda en el acápite de normas violadas y concepto de violación cita como vulneradas las disposiciones del numeral 2o. del Artículo 197 y de los numerales 3 y 4 del Artículo 313 de la Constitución Política. Afirma el demandante en su solicitud de suspensión provisional que no existe norma legal que permita al Municipio grabar las máquinas electrónicas y que hacerlo aduciendo que se reglamenta el impuesto a los juegos permitidos implica que se crea un impuesto diferente para cuya regulación no tiene competencia ni el Concejo ni el Alcalde Municipal.

La Sala, efectivamente ha dicho reiterativa y abundantemente, en casos similares, como argumento para decretar la suspensión provisional, que éste tipo de impuestos a los juegos electrónicos, no es el mismo que se cobra sobre el valor de boletas o tiquetes o sobre los premios, sino por cada máquina a través de la cual se

realiza el juego y que en consecuencia es diferente del que están autorizados los Municipios para reglamentar de conformidad con lo establecido en el Decreto 1333 de 1.986. En consecuencia no puede aceptarse que se trata del impuesto de industria y comercio, ni del impuesto de casinos, ni del impuesto de juegos permitidos, los cuales si son de creación legal y su reglamentación se defiere a los Municipios, por lo que tendrá que aceptarse el argumento del demandante de que no existiendo regulación legal, el Alcalde habría violado manifiestamente el Artículo 197 numeral 2 de la Carta Política de 1.886.

Para la Sala resulta indiferente el conocer el alcance del Acuerdo por medio del cual se otorgaron las facultades extraordinarias al Alcalde para la expedición del Decreto demandado por cuanto no podía el Concejo Municipal delegar una facultad impositiva de la cual carecía, pues como aparece evidente, no se le había conferido en virtud de Ley alguna.

Lo anterior es suficiente para determinar que se presenta y es claramente apreciable una violación manifiesta de norma superior y por tanto habrá de revocarse el proveído del Tribunal *a-quo* para en su lugar decretar la suspensión provisional impetrada, advirtiendo que como el Artículo 10o. se refiere a todas las tarifas fijadas por el Artículo 9o. y éste solo se demanda con respecto a las máquinas electrónicas, el hecho de que estas tarifas sean suspendidas, comporta necesariamente la suspensión de sus incrementos.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE

Revocar el numeral 6 del auto apelado y en su lugar disponer la suspensión provisional del aparte del Artículo 9o. del Decreto 112 de 1.989 de la Alcaldía de Sogamoso que reza: "Máquinas electrónicas $5.000".

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn*.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

IMPORTACION/TIPO DE CAMBIO/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/SUSPENSION PROVISIONAL

Como el momento y el tipo de cambio aplicables en la liquidación del Impuesto a las Ventas ciertamente hay diferencia entre lo señalado por la norma de jerarquía superior (art. 5o. del Decreto 1739 de 1.991) y el acto acusado (Circular 85 de 1.992) visible por la simple confrontación de sus textos lo que implica acceder a la suspensión solicitada sin que sea esta la oportunidad de precisar los motivos, ni las consecuencias de tal diferencia . DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la expresión "correspondiente al día hábil anterior a la fecha de elaboración del Comprobante de pago" utilizado en el aparte 2 -Trámites Aduana de la Circular 85 de enero 3 de 1.992. Dirección General de Aduanas.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta
Santafé de Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1,992)

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

REF: Expediente No. 4496 ACTOR: RAMIRO IGNACIO ARAUJO SEGOVIA Autoridades Nacionales - AUTO -

El abogado RAMIRO IGNACIO ARAUJO SEGOVIA en ejercicio de la acción pública del Artículo 84 del C.C.A. pide declare la nulidad de la circular 085 del 3 de enero de 1,992 expedida por el Director General de Aduanas o en subsidio el aparte que dice "correspondiente al día hábil anterior a la fecha de elaboración del comprobante de pago" utilizada en el numeral 2 del Capítulo "Trámites Aduana".

Por reunir los requisitos de forma, la demanda será admitida y para resolver la solicitud de suspensión provisional que sustenta en escrito especial, procede la Sala a su análisis.

EL ACTO ACUSADO

La circular 085 de 1.992 (enero 3) (publicada en el Boletín del Ministerio del 7 de enero, según constancia adjunta) fué expedida por el Director General de Aduanas para impartir instrucciones sobre procedimiento a seguir para la cancelación del IVA en los casos de importaciones de bienes de capital al amparo de sistemas especiales -Plan Vallejo arts.173 y 174 del Decreto 444 de 1.967.

En un primer capítulo se refiere a los trámites que debe cumplir al importador de bienes de capital al amparo de normas especiales según el cual, cumplido último compromiso de exportación, el usuario debe solicitar por escrito la liquidación oficial del impuesto del valor agregado IVA, con copia del documento de exportación y certificación del Incomex y realizar el pago en cualquier entidad bancaria autorizada, para lograr la cancelación del programa ante la oficina de control del Incomex.

Un segundo capítulo se refiere a los trámites ante la aduana con instrucciones sobre la solicitud y documentos que debe adjuntar para la liquidación del IVA y luego dispone:

> " La base imponible se determinará sobre el valor CIF, de conformidad con los establecido en el Decreto 289/89 reglamentada con la instrucción 16 de 1989, expresada en dólares de los Estados Unidos de América, liquida a la tasa de cambio representativa del mercado, informada por la Superintendencia Bancaria, **correspondiente al día hábil anterior a la fecha de elaboración del comprobante de pago**, de conformidad con establecido en la Resolución 5041 del 3 de diciembre de 1.991".

La parte subrayada es la impugnada y según el escrito en que sustenta la solicitud de suspensión provisional, es violatoria de las siguientes disposiciones:

a) De los Artículos 150 numeral 19 ordinal C) y 189 numeral 25, de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 7a. de 1991, en cuanto de conformidad con ellos " la facultad de regular lo concerniente al régimen de aduanas pertenece al presidente de la República y no al Director General de Aduanas".

Afirma el actor que si la Circular acusada se toma como una norma de carácter reglamentario, " Implica el ejercicio de la potestad reglamentaria del presidente de República, por una autoridad que no ha recibido delegación para ejercerla". Con esto violando flagrantemente los Artículos 189 # 11 y 211 de la Constitución, razón suficiente para decretar la suspensión .

b) De no aceptarse lo anterior, el aparte acusado de la Circular " viola el Artículo 5 del Decreto 1739 en concordancia con la Resolución 5041 de 1991 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y con Artículo 236 del Decreto 2666 de 1984" por cuanto estas establecen que para las importaciones con pago normal los **impuestos** se deben liquidar aplicando el tipo de cambio vigente a la fecha de aceptación de declaración de despacho aduanero y no a la fecha de emisión del respectivo comprobante de pago, como lo dispone la circular.

Además, la circular desconoce que el IVA se causa y paga de manera normal "cuando las mercancías son nacionalizadas, o lo que es lo mismo, cuando quedan en libre circulación, según los Artículos 420 y 429 del Estatuto Tributario, en consecuencia con el art. 236 del Decreto 2666 de 1.984

CONSIDERACIONES

Al tenor de los dispuesto por el Artículo 152 del C.C.A., el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden suspender los actos administrativos ("los efectos de los actos administrativos" dice hoy el art.238 de la Constitución) mediante el siguiente requisito, entre otros: "Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

Dentro de estos parámetros el cotejo de la Circular acusada, en especial el aparte que se ha resaltado, con las normas citadas como infringidas, suscita prima facie los siguientes comentarios:

a) Es cierto que según el Artículo 189 de la Constitución Política vigente corresponde al Presidente de la República (y no al Director General de Aduanas) la facultad de "modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas" (entre otras que menciona el numeral 25) y al Congreso Nacional, las de dictar las normas generales y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno, entre otros, para los efectos de "modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas", según el literal c) del numeral 19 del Artículo 150.

Sin entrar a hacer un estudio sobre este esquema implantado por la Constitución de 1.991 para los efectos de esta providencia basta señalar que es similar al que regulaba la misma materia la Constitución derogada en el numeral 22 del Artículo 76 respecto a la competencia del Congreso Nacional para dictar normas generales y también el numeral 22 del Artículo 120 en cuanto a las funciones del Presidente de la República en materia aduanera.

La Circular 85 de 1.992 dictada por el Director General de Aduanas, no puede tenerse como acto dictado en ejercicio de facultades "constitucionales" que no las tiene directamente, sino como provenientes de la Ley. Por ello no es dable cotejaría

directamente con la Constitución para deducir una usurpación de las funciones del Presidente de la República. Para dilucidar si el mencionado Director General de Aduanas actúo sin competencia, sería necesario cotejarla no con la Constitución, sino con las normas de rango legal que le precisan sus funciones y entre ellas el art. 3o. del Decreto 2666 de 1.984 que específicamente le atribuye la de dictar "instrucciones" en estas materias.

En consecuencia, ni como usurpación de la potestad reglamentaria, ni como utilización indebida de facultades del Presidente puede tomarse la Circular acusada, por lo que el cargo de infracción a la Constitución en varios de sus Artículos, no ofrece ninguna posibilidad de sustentar la suspensión provisional solicitada por el demandante.

b) Por otra parte, considera el actor que la Circular acusada transgrede en especial el Artículo 5o. del Decreto 1739 de 1.991 en cuanto al momento en que debe tomarse para liquidar el IVA en los despachos con pago normal lo que repercute en la tasa de cambio aplicable al hacer la conversión de dólares a pesos. Afirma que mientras el Decreto 1739 en el citado Artículo 5o. ordena que "los impuestos se deben liquidar aplicando el tipo de cambio vigente a la fecha de la aceptación de la declaración de despacho aduanero", la circular dispone que sea "a la fecha de emisión del respectivo comprobante de pago". Con lo cual además se infringen los Artículos 420 y 429 del Estatuto Tributario (en concordancia con el art. 236 de Decreto 2666/84) según los cuales el Impuesto a las Ventas se causa y paga de manera normal cuando las mercancías son nacionalizadas o lo que es lo mismo, cuando quedan en libre circulación.

Concretado el tema a puntos específicos, **como el momento y el tipo de cambio aplicables en la liquidación del Impuesto a las Ventas ciertamente hay diferencia entre lo señalado por la norma de jerarquía superior (art.5o. Decreto 1739/91) y el acto acusado (Circular 85/92) visible por simple confrontación de sus textos lo que implica acceder a la suspensión solicitada sin que sea esta la oportunidad de precisar los motivos, ni las consecuencias de tal diferencia**.

Como no está demostrada la incongruencia de toda la Circular acusada, sino solamente de la parte resaltada, solamente será éste lo que se ordenará suspender en sus efectos de conformidad con el Artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

En atención a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE

1o. ADMITESE la demanda de nulidad de la Circular 085 de enero 3 de 1.992 expedida por el Director General de Aduanas, entablada con base en el Artículo 84

del C.C.A. por el abogado IGNACIO ARAUJO SEGOVIA, vecino de Bogotá, a quien se le tendrá como parte demandante.

En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público.

b) Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público o a su delegado para recibir notificaciones.

c) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

d) Solicítese a la Dirección General de Aduanas el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la expedición de la Circular 085 de enero 3 de 1.992 sobre instrucciones de procedimiento para cancelación del IVA en importaciones de bienes de capital (Plan Vallejo).

Término cinco (5) días.

2o. Decrétase la suspensión provisional de los efectos de la expresión "correspondiente al día hábil anterior a la fecha de elaboración del Comprobante de pago" utilizado en el aparte 2- trámites Aduana de la Circular 85 de enero 3 de 1.992. Dirección General de Aduanas.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

ACTIVIDAD AVICOLA/ACTIVIDAD INDUSTRIAL/ACTIVIDAD PRIMARIA/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

La sociedad actora no desarrolla una actividad avícola primaria en el Distrito Especial de Bogotá, hoy Distrito Capital, ya que si bien la actividad que realiza en las granjas, situadas en el Municipio de Ricaurte, es avícola primaria, no lo es en cambio la que realiza en la ciudad de Bogotá, que considera como prolongación de la actividad avícola que desarrolla en sus granjas, ya que considera que el proceso tecnológico de transformación que se desarrolla en las instalaciones de la sociedad en Bogotá, destinada a procesar los pollos y dejarlos aptos para el consumo humano, para ser luego empacados y refrigerados para su venta, constituye una actividad industrial para fabricar alimentos y por lo tanto la sociedad se constituye en una empresa industrial.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta
Santafé de Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Expediente No. 3636. ACTOR: COLVENTAS LTDA C/ D.E. DE BOGOTA. NIT: 60.047.485 AUTORIDADES MUNICIPALES. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora COLVENTAS LTDA NIT: 60.047.485, contra la sentencia de 22 de marzo de 1.991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones numeros 803 del 5 de octubre de 1.983 y 179 de abril 5 de 1.984, expedidas por la Secretaria de Hacienda del Distrito Especial de Bogotá, hoy Santafé de Bogotá Distrito Capital, providencia en la cual se negaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La sociedad actora, COLVENTAS LTDA, NIT: 60.047.485 se constituyó mediante escritura pública número 1180 de mayo 30 de 1.976, de la Notaria Primera de Bogotá, durante la vigencia de la Leyes 20 de 1.946 y 29 de 1.963 que exoneraban a la producción primaria agrícola y ganadera de los impuestos municipales de Industria y Comercio.

La apoderada judicial de COLVENTAS LTDA, mediante memorial presentado a la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá, solicitó que se declarará a la sociedad, no sujeta al impuesto de Industria y Comercio a partir del año 1.976, con fundamento en que produce Artículos alimenticios de primera necesidad, y que dicha producción está exenta del pago del impuesto municipal de industria y comercio, por expresa prohibición legal, de acuerdo con la Ley 20 de 1.946 y su Decreto reglamentario 594 de 1.946.

Alega la sociedad que realiza una actividad pecuaria, primaria, unitaria e integrada, la cual está igualmente exenta del pago del impuesto de industria y comercio.

El Distrito Especial de Bogotá-Junta Distrital de Hacienda, mediante resolución 803 del 5 de octubre de 1.983, resolvió declarar sujeta al pago de impuesto de industria y comercio a la sociedad actora COLVENTAS LTDA, por cuanto según informe de visita, la sociedad desarrolla en Bogotá una actividad industrial, que se enmarca en lo dispuesto en el Acuerdo 10 de 1974, del Distrito Especial de Bogotá, actividad que se encuentra tipificada como gravable dentro de los presupuestos consagrados en el Decreto 950 de 1.975, Artículo 1o., que comprende la "fabricación de productos alimenticios".

Contra la anterior resolución la actora, por medio de apoderada, interpuso recurso de reposición el 29 de noviembre de 1.983, que fue resuelta por medio de la resolución 179 del 5 de abril de 1.984, confirmando la resolución recurrida, al considerar la Junta de Hacienda, que la cría, levante, y sacrificio de pollos con el fin de venderlos, es una actividad industrial según el Artículo 1o. del Decreto 950 de 1.975, definida como fabricación de productos alimenticios.

SETENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 22 de marzo de 1.991, de la que apela la demandante negó las súplicas de la demanda considerando que la actividad que desarrolla la sociedad, no puede ser considerada como actividad avícola primaria, según se desprende del dictamen pericial visible a folio 162 a 163 del cuaderno principal, no sin antes realizar un análisis de las normas que el actor señala como violadas, Ley 20 de 1.946, Artículo 1o., Ley 29 de 1.963, Artículo 3o; Decreto 2024 de 1.971, Artículo 1o. Acuerdo Nro.10 de 1.974, expedido por el Consejo de Bogotá, en sus Artículos 1, 3 y 13, el Acuerdo 21 de 1.983, Artículo 4o.

Agrega el Tribunal, que de una lectura de las normas en que el demandante sustenta su solicitud, permite constatar que prohibe gravar con impuesto de industria y comercio la producción primaria agrícola y ganadera, pero por parte alguna se refiere a la producción avícola. Expresa a renglón seguido que la Ley 14 de 1.983 en su Artículo 38 radica la facultad de consagrar exenciones de impuestos municipales en cabeza de los municipios, en su Artículo 39 dispone: "No obstante lo dispuesto en el Artículo anterior continuaran vigentes

1.....2. Las prohibiciones que consagra la Ley 26 de 1.904; subsisten para los Departamentos y Municipios las siguientes prohibiciones: a) las de imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola, sin que se incluyan en esta prohibición las fábricas de productos alimenticios o toda industria donde haya un proceso de transformación por elemental que ésta sea".

Continúa diciendo el Tribunal, que la Ley consagró la prohibición de gravar con impuesto de industria y comercio la actividad avícola, pero siempre que se trate de actividad primaria, circunstancia que el Tribunal consideró desvirtuada por el peritazgo visible a folios 162 a 163.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte actora, mediante escrito visible a folios 314 a 324, interpuso recurso de apelación contra la setencia de 22 de marzo de 1.991, y en su memorial presento como motivos de inconformidad, los siguientes:

1. Aplicación de la prohibición de gravar la actividad avícola primaria. "El Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca no acepta que la prohibición de gravar la producción primaria avícola se aplica también a las situaciones ocurridas antes de la expedición de la Ley 14 de 1.983 y sin ninguna duda a las acaecidas después de su vigencia". A renglón seguido alega que la Ley 20 de 1.946, Artículo 1o. prohibió a los departamentos y municipios imponer o cobrar gravamen a ciertos Artículos alimenticios procesados o no. Agrega además, que la ley 29 de 1.963 restringió la prohibición de imposición de gravámenes a la producción primaria agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios, dejando por fuera del beneficio a otros Artículos de origen agropecuario que sufrieran ulterior proceso industrial. En el mismo sentido se deben interpretar los Artículos 1 y 2 del Decreto reglamentario 84 de 1.964 y 2024 de 1.971 Artículo 1o.

Manifiesta que las normas anteriores a la Ley 14 de 1.983, consagraron la exclusión del pago del impuesto de industria y comercio ala actividad primaria y ganadera, indicando que se entiende por "producción ganadera" no solo la cría y el levante de ganado mayor (bueyes, mulas, yeguas, vacas, etc.) sino que ella incluye la cría y levante de especies menores, dentro de las cuales se encuentran las aves de

corral y pollos, pavos, ovejas, cabras etc. El apelante, manifiesta que lo importante de la producción ganadera es la posibilidad de amansar, apacentar o unir cabezas en hacienda y granjas. Agrega, "acogiendo los criterios de hermeneútica jurídica, es preciso acudir a las normas que para tal efecto establece el Código Civil, y transcribe los Artículos 27 y 28. "Por ello sorprende la sentencia apelada que se fundamenta básicamente en la idea de que las Leyes invocadas como violadas no consagran expresamente, como exención, o como objeto de prohibición a la producción primaria avícola como si se refieren expresamente a la agrícola y ganadera".

2. Limitante a la prohibición: En este aspecto, indica que la exención a la prohibición está tipificada para fábricas o industrias que transforman la producción avícola en otros productos, en la parte final del mencionado Artículo 39, en concordancia con la definición de actividad primaria. Trae a colación el oficio Nro. UEA-063 de 22 de febrero de 1.980, proferido por el Departamento Nacional de Planeación, en el cual se indica que "según la clasificación Industrial Internacional Uniforme para todas las actividades económicas, revisión elaboradas por las Naciones Unidas y adoptada oficialmente por el DANE, la producción agropecuaria modificada con el número 1110, incluye a las siguientes actividades económicas: "Cultivos, cría de ganado, aves de corral, conejos...(la subraya es del texto).

La distinguida apoderada judicial de la sociedad actora manifiesta a folio 320 del expediente que la actividad de COLVENTAS LTDA es la "cría de pollos, los levanta y engorda y vende las aves de corral vivas, en pie, en algunos casos, en otros sacrificados y refrigerados o congelados, vende pollitos de un día sin levantar y engordar, desperdicios (plumas y tripas) y sobrantes de su operación. En ningún caso vende los pollos previo un proceso de transformación por elemental que ésta sea".

Manifiesta su inconformidad con la decisión del Tribunal, al considerar que éste no apreció en su conjunto el dictamen pericial practicado y por ello concluyó erradamente que la actividad desarrollada por COLVENTAS "constituyen un proceso de transformación, así sea elemental al cual se refiere el Artículo 39 que excluye dicha actividad del beneficio allí consagrado". Los mismos argumentos presenta en su memorial de alegatos de conclusión.

PARTE OPOSITORA

La parte opositora en su memorial de conclusión, visible a folios 346 a 367, manifiesta que el acto administrativo que determinó el impuesto de industria y comercio fué dictado conforme a la Constitución Nacional, y la Ley, y a los Acuerdos locales que consagraron el referido impuesto, afirma que no cabe duda que la actividad que desarrolla la sociedad es de carácter industrial avícola, según se desprenden de su objeto social contenido en el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (fl. 56). Trata el dictamen pericial por error grave al considerar que este se pago en una supuesta clasificación industrial uniforme atribuida a la ONU, que dije-

ron había acogido también el DANE, pero que jamás fue aportada al plenario, tampoco el acto administrativo del Departamento Administrativo Nacional de Estadística que lo acogió o incorporó, según se trate a la realidad económica Colombiana, documentos que aunque fueron solicitados en primera instancia jamás fueron aportados. El apoderado transcribe la parte pertinente del antecedente del Artículo 39 de la Ley 14 de 1.983, en el primer debate en la Cámara de Representantes, en el cual se indica que: "En el Artículo 39, numeral 2o., literal a) se incluye a la producción avícola". **Es necesario hacer claridad de que de todas maneras esta prohibición no cobija a ninguna empresa procesadora o enfriadora de aves y a la vez comercializadora de huevos o de productos derivados de la industria ganadera, agrícola los cuales son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio**. (La subraya es del texto).

En relación a la petición del actor de que se le reconozca los impuestos pagados retroactivamente, o sea desde el año de 1.976, manifiesta que no es procedente toda vez que las disposiciones legales como el Artículo 19 del Acuerdo Nro. 9 de 1.976, modificado por el Acuerdo Nro.7 de 1.977, y el Acuerdo Nro. 6 de 1.985, Artículo 8, las prohiben de manera taxativa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El tema que se debe decidir es solo el relativo a si la actora desarrolla en Bogotá actividad exenta del impuesto de industria y comercio, o si por el contrario ejerce una actividad industrial o de comercio.

La Sala considera que el fallo del Tribunal Administrativo es ajustado a derecho, por las siguientes razones:

Según se desprende del peritazgo visible a folios 161 a 164, la sociedad actora desarrolla en el Distrito Especial-hoy Capital de Bogotá, una actividad comercial avícola, pues en el se describe el proceso realizado por COLVENTAS, desde cuando el animal llega vivo a sus instalaciones en esta ciudad, de la cual se desprende que la sociedad desarrolla una actividad industrial y comercial, sometida al impuesto debatido. En efecto, el referido peritazgo indica como primera fase del proceso en la planta de incubación, en la que se reciben los huevos fértiles procedentes de las reproductoras, los que posteriormente pasan a las granjas de levante. "A ella llegan los pollitos de un día, procedentes de la planta de incubación. Allí permanecen durante 7 semanas hasta lograr el peso deseado. Es evidente, puntualiza la Sala que hasta esta etapa, la actividad de la sociedad es avícola primaria; luego son transportados los animales a Bogotá con destino a la planta de sacrificio. La actividad que desarrolla la sociedad actora a partir de esta etapa, hay que considerarla como actividad industrial, realizada en Bogotá en la Cra. 69 #16-70, donde se opera el proceso de sacrificio de los animales procedentes de la granja de levante, que dice el peritazgo.

El pollo sacrificado ingresa a un túnel en donde por gravedad se efectúa el desangre, antes de pasar a una escaldadora, que trabaja con agua caliente a 56 grados centígrados, para hacer más fácil el posterior proceso de pelado. Este pelado se hace en forma mecánica utilizando una peladora con dedo de caucho. Acto seguido, en la misma línea transportadora se voltea el pollo para que quede patas abajo con el objeto de que éstas entren a una máquina peladora de patas, la cual trabaja mediante cilindros rotatorios de caucho. En forma manual se realiza el corte de uñas y posteriormente corte de patas previo control de calidad. En este punto se inicia la transferencia del pollo de la línea transportadora inicial a la segunda línea de transporte en posición tal que permita el corte del abdomen y cloaca, con el fin de realizar el correspondiente envíscerado y la separación de las partes internas (corazón, hígado, molleja, buche, esofago, etc.). Los intestinos y las partes no aptas para el consumo van a un foso de descargue con subproductos y las partes útiles se llevan a un chiller (enfriador-lavador) para su lavado y conservación, proceso este que se hace mediante una reducción de temperatura hasta 2 grados centígrados con el uso de hielo. El pollo después de un control de calidad en línea, es descolgado y llevado a un chiller pasando en cual se transfiere a una tercera línea donde se escurre y se somete a un nuevo control de calidad para separar el pollo que presente lesiones.

Se realiza un control de calidad final y el pollo es clasificado y empacado en bolsa de polietileno, se pesa y se envía a almacenamiento para su posterior distribución. Vale la pena anotar que la sangre, plumas, garras, uñas y vísceras no aptas para el consumo van a fosos de descargue para subproductos y son vendidos como tales.

El impuesto de industria y comercio fue creado mediante la Ley 97 de 1.913, que autorizó al Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá para establecerlo como impuesto de patente. Posteriormente, mediante el Artículo 1o. de la Ley 84 de 1.915, se extendió a los demás Concejos Municipales en general, las atribuciones conferidas en esta materia al Municipio de Bogotá. Luego de 1.946 mediante la Ley 20 Artículo 1o., se ratificó la prohibición "a los Departamentos y Municipios de imponer o cobrar gravámenes de cualquier clase o denominación a la producción y tránsito de los Artículos alimenticios de primera necesidad que determine el Ministerio de la Economía Nacional. Así como a los establecimientos, actividades y elementos destinados a su producción". Posteriormente se profirió la Ley 29 de 1.963 en su Artículo 3o. establece que "subsistirán las prohibiciones que consagran las Leyes 26 de 1.904 y 20 de 1.946 sobre gravámenes a la producción primaria agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios".

El Distrito Especial de Bogotá de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 10 de 1.974, y su reglamentario 950 de septiembre 8 de 1.975, gravó con impuesto de industria y comercio a la sociedad actora, ya que era la norma vigente para el momento de constituirse la sociedad COLVENTAS LTDA, encuadrándola en el Artículo 1o. Código 101 "fabricación de productos alimenticios", (Decreto 950 del 8 de septiembre de 1.975, que reglamentó el acuerdo Nro. 010 de 1.974).

Así pues que la sociedad actora no desarrolla una actividad avícola primaria en el Distrito Especial de Bogotá, hoy Distrito Capital, ya que si bien la actividad que realiza en las granjas, situadas en el Municipio de Ricaurte, es avícola primaria, no lo es en cambio la que realiza en la ciudad de Bogotá, que considera como prolongación de la actividad avícola que desarrolla en sus granjas.

Encuentra la Sala dos argumentos para proceder a confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca: un primer punto es el relativo con la transformación que sufre el producto; y una segunda es la relativa a establecer si la actividad que desarrolla la sociedad en sus instalaciones, en la ciudad de Bogotá, debe catalogarse como actividad industrial y comercial, sujeta al gravamen del impuesto de industria y comercio.

Se considera que el proceso tecnológico de transformación que se desarrolla en las instalaciones de la sociedad, en la Cra. 69 Nro.16-79 de Bogotá, destinada a procesar los pollos y dejarlos aptos para el consumo humano, para ser luego empacados y refrigerados para su venta, constituye una actividad industrial para fabricar alimentos y por lo tanto la sociedad se constituye en una empresa industrial.

De la lectura del Artículo 23 del Código de Comercio se deduce que la actora quedaría sujeta al impuesto de industria y comercio, por desarrollar "una actividad avícola como empresa". Evidentemente, el Artículo 23 del Código de Comercio establece que "no son actos mercantiles" "4o. las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos (debe incluirse las actividades avícola) de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por si misma un empresa". De la interpretación de éste Artículo se desprende que la sociedad está sujeta al impuesto ya que la actividad que desarrolla en cumplimiento de su objeto social como empresa, es industrial. (Subraya la Sala).

Además, el texto del Artículo 39 de la Ley 14 de 1.983, como ya lo ha precisado la Corporación, expresa:

> "Artículo 39: No obstante lo dispuesto en el Artículo anterior continuaran vigentes: 2o. las prohibiciones que consagran la Ley 26 de 1.904: además, subsisten para los Departamentos y Municipios las siguientes prohibiciones: a) la de imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola, sin que se incluyan en esta prohibición las fábricas de productos alimenticios o toda industria donde haya un proceso de transformación por elemental que ésta sea". (Subraya la Sala).

A propósito en el objeto social de la actora, folio 56, la Cámara de Comercio certifica que el objeto social de COLVENTAS LIMITADA, está determinado así:

"OBJETO SOCIAL: La industria avícola, especialmente en la producción, sacrificio y procedimiento (sic) de aves y otras especies menores, la elaboración de alimentos concentrados para animales, la producción e incubación de huevos y la producción de los demás insumos necesarios para la industria avícola. Además, la sociedad como objetivo secundario y a fin al objeto principal, podrá ocuparse del mercadeo de pollos, huevos, alimentos para animales y demás insumos agropecuarios (sic). La sociedad finalmente podrá desarrollar las actividades indispensables para el normal desarrollo de su objeto principal, tales como compra de bienes, la importación y exportación, el otorgamiento de garantías, la adquisición de préstamos, el giro y la negociación de títulos valores".

Sea esta la oportunidad de reiterar que la prohibición de gravámenes a los Departamentos y Municipios, se refiere exclusivamente a la producción primaria, agrícola y ganadera y avícola y el tránsito de tales productos, así como los productos de exportación, previsiones de la Ley que no cobijan a la actora.

Se confirmará entonces la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia apelada de fecha 22 de marzo de 1.991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

COMISIONES/RETENCION EN LA FUENTE/DEDUCCION POR SALARIOS

No cabe duda que si las comisiones se han cancelado dentro de una relación laboral, la retención en la fuente que debe aplicarse es la establecida para los salarios, y no para comisiones, honorarios y servicios de que tratan los Artículos 12 y 23 del Decreto 2026 de 1.984 (sic). Así las cosas, se encuentra acertada la decisión del Tribunal al aceptar la partida correspondiente a sueldos y comisiones (salarios) cuya retención en la fuente por salarios aparece acreditada en las relaciones Nos. 1032 que discriminan los correspondientes recibos de pago y demás informaciones exigidas, la cual aparece debidamente sellada por la Administración de Impuestos Nacionales.

RETENCION EN LA FUENTE-Improcedencia **/DEDUCCION POR SALARIOS.**

Si se examinan los valores que corresponden con la información del anexo a la declaración de renta sobre salarios y prestaciones sociales, en cuanto a los empleados que se relacionan se puede colegir que el promedio mensual de tales pagos se encuentra por debajo de las sumas consagradas en las tablas para efectos de la retención, lo que conduce a considerar que sobre tales pagos no había obligación de retener y por lo tanto es procedente el reconocimiento de dichos salarios como deducción, si se tiene en cuenta además que no se trataba de probar la veracidad de los pagos sino el requisito de la retención en la fuente, que por tratarse de pagos cuyo monto está por debajo de las sumas indicadas para el efecto, obviamente no existe la obligación de cumplirlo.

SANCION POR NO IDENTIFICACION DE TERCEROS-Procedencia/**COSTO**-Improcedencia/**IMPUESTO SOBRE LA RENTA.**

De acuerdo con el Artículo 59 del Decreto 3803 de 1.982, la falta de identificación de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos, origina no solamente el desconocimiento o rechazo de los mismos pagos, sino también la aplicación de sanción, que subsiste en forma independiente al reconocimiento o rechazo de los mismos, y si bien la Administración no los aceptó como costos, ello no la releva de la sanción, por cuanto tales pagos por mercancías en tránsito, fueron llevados al inventario final, es decir, que no se aceptaron como costos por este motivo y constituyendo un pago, debía cumplir en todo caso con las identificaciones exigidas. Ha de entenderse entonces que el contribuyente en vigencias posteriores a la de 1.983, no podía aplicar como costo esta partida. (Período Fiscal 1983).

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

REF: EXPEDIENTE Nro.3645 ACTOR: EDITORIAL LABOR COLOMBIANA LTDA. NIT: 60.014.783 IMPUESTOS. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, demandantes, la sociedad EDITORIAL LABOR COLOMBIANA LTDA. NIT: 60.014.783, y demandada, la Nación-Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia de fecha 4 de abril de 1.991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió parcialmente las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por la mencionada sociedad contra la operación administrativa que le determinó el impuesto de renta correspondiente a la nulidad tributaria de 1.983.

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó declaración del impuesto de renta, correspondiente al período gravable de 1.983, el día 25 de abril de 1.984, ante la Administración de Impuestos de Bogotá, en cuya liquidación privada fijó impuestos a su cargo en la cuantía de $70.354.

Sobre éste denuncio rentístico, la Administración de Impuestos libró el requerimiento especial Nro. 592 del 23 de abril de 1986 para informarle a la sociedad acerca de la modificación a su liquidación privada como consecuencia del desconocimiento de algunos costos y deducciones, entre otros: 1) Deducción por concepto de salários,

comisiones y honorarios por valor de $16.283.963 y fletes por valor de $47.372 , pagos sobre los que no se acreditó la retención en la fuente; 2) Costos por importación de mercancías en la suma de $3.156.855 por concepto de mercancías en tránsito, llevadas al inventario final y solicitadas como costos; 3) Sanción por no identificar ingresos de $53.929.566 y costos por $3.156.855 al 2%.

El día 23 de julio de 1986, la sociedad dió respuesta al requerimiento, y con base en ella, la Administración practicó la liquidación de revisión Nro. 000641 del 25 de julio de 1986, determinando un mayor valor por concepto de impuestos en la suma de $2.912.447 más la sanción anunciada, que se cuantificó en la suma de $1.141.728 para un total de $4.054.175 (mayor valor).

Contra éste acto administrativo, la sociedad recurrió en reconsideración, recurso sobre el cual recayó la Resolución Nro. 000479 del 29 de junio de 1988, confirmando íntegramente la liquidación de revisión recurrida.

Inconforme con el proceder de la Administración de Impuestos, la Sociedad acudió a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en demanda que presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los Artículos 1 y 2 de la Ley 38 de 1969, 127 , 128 del C.S.T., 12, 23 del Decreto 2026 de 1983, numeral 16 Artículo 16 del Decreto 80 de 1984, 68 del Decreto 3803 de 1982, Decreto 3819 de 1982 y 1660 de 1983 (tablas de retención sobre salarios vigentes durante 1983), 17 del Decreto 3803 de 1982, 18 y siguientes del Decreto 81 de 1984, 98 de la Ley 9 de 1983, 9 de la Ley 145 de 1960, 30, 31 32 de la Ley 52 de 1977, al haberse efectuado el rechazo a la deducción por salarios por valor de $14.309.668, honorarios por valor de $235.013, y por haberse impuesto sanción por no identificar beneficiarios de pagos respecto a costos e ingresos.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió en forma parcial a las súplicas de la demanda al encontrar en el proceso que la actora efectúo la retención en la fuente sobre la partida de $8.814.558 por concepto de salarios y comisiones y de la suma de $235.013 por concepto de honorarios, considerando que respecto de el resto de la partida correspondiente a salarios y comisiones, debía mantenerse el rechazo por cuanto las pruebas aportadas no eran suficientes para la aceptación de los mismos.

Consideró así mismo desvirtuada la sanción por no identificar los ingresos sobre la suma de $48.956.292,oo, al igual que la que aplicó por no identificar costos por valor de $3.156.855. La primera, porque de acuerdo con el dictamen pericial que emitieron los peritos que practicaron la inspección contable solicitada por la actora y practicada por el Tribunal, se estableció que dicha suma estaba conformada casi en su totalidad, excepto la suma de $3.558.511,oo y 1.936.598,oo = 5.495.110,oo, por partidas que individualmente no sobrepasan los $335.000,oo no existiendo obligación

de identificar a las personas de quienes se recibieron los ingresos; y la segunda, porque los costos cuya falta de identificación se sanciona correspondiente a "mercancías en tránsito" fueron objeto de rechazo por la Administración, no pudiéndose aceptar un acto que rechaza el costo como tal, y además sanciona por no identificarlo, lo cual es contradictorio, resultando improcedente la sanción.

En consecuencia el Tribunal practicó nueva liquidación de impuestos y sanciones que determinó en la suma de $1.462.565.

LA APELACION

1. El apoderado de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, impugna la decisión del Tribunal y manifiesta su desacuerdo con ella, porque la partida que acepta por valor de $8.814.558,oo, no corresponde a salarios, como lo dice la sentencia, sino a comisiones, tal como lo certifica el contador en el Anexo I de la Declaración, y en tal carácter tales pagos estaban sujetos a los porcentajes de retención para comisiones y honorarios establecidos en los Artículos 12 y 23 del Decreto 2026 de 1983, y no a las tablas de retención para salarios que aplicó la sociedad, por lo cual pide se confirme el proceder administrativo al respecto.

2. El apoderado de la parte actora, objeta el fallo del Tribunal en cuanto no aceptó parte de la deducción por salarios en la suma de $5.495.110.oo, correspondiente a salarios no sujetos a retención por su bajo monto individual mensual, frente a las tablas de retención vigentes en el año, y critica la afirmación del Tribunal de que "las pruebas aportadas no son suficientes para su aceptación porque si la Ley no le ha impuesto al contador los parámetros específicos que debe observar al expedir una certificación, el Tribunal le quiere exigir formalidades para el ejercicio de dicha profesión"

Agrega, que de acuerdo con el Artículo 214 del C.C.A, y para complementar lo anexado en la primera instancia, acompañada un cuadro analítico de las cifras extractadas de los registros contables de la compañía sobre los pagos mensuales individuales, indicando el número y la fecha del comprobante de diario y tabla aplicable de acuerdo con personas a cargo y cesión de rentas debidamente certificado por el revisor fiscal.

En forma subsidiaria, solicita finalmente inspección a la contabilidad de la sociedad y con fundamento en todo lo anterior, pide revocar la sentencia en la parte que mantuvo el rechazo a la deducción por salarios por valor de $5.495.110,oo, conformada por dos partidas de $1.936.598.oo y comisiones por valor de $3.558.512.oo, correspondientes a salarios y comisiones no sujetos a retención en la fuente.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El representante de la entidad demandada coadyuva la apelación interpuesta por la Administración de Impuestos de Bogotá, en el sentido de precisar además, que la Relación No. 1032 y las fotocopias de los contratos de trabajos con vendedores aportados para demostrar que se efectuó y consignó la retención en la fuente sobre la suma de $8.814.558.oo, valor que aceptó el Tribunal, no son demostrativos de lo requerido para su aceptación como deducción, y que en el mismo sentido la certificación contable no solamente carece de los requisitos legales, sino que además éstas no relevan a la sociedad del cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas tributarias para el reconocimiento de las deducciones. Así mismo, se refiere a la sanción por no identificar costos, que en su concepto se configura, independientemente de que se subsanen las deficiencias o del mismo rechazo de los costos, según el Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982.

En consecuencia solicita a la Corporación revocar la sentencia apelada, y, en su lugar denegar la súplicas de la demanda.

El Ministerio Público no alegó en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala, que la sociedad actora solicitó como deducción por concepto de salarios (sueldos y comisiones) y prestaciones sociales la suma de $17.909.932,oo al renglón 212 (anexo B-IV-2 de la declaración) glosados inicialmente por al administración por cuanto no se acreditó haber efectuado la retención en la fuente de que tratan los Artículos 1 y 2 de la Ley 38 de 1969, 12, 23 del Decreto 2026 de 1983 y numeral 16 Artículo 16 del Decreto 080 de 1984. En la Resolución que decidió el recurso gubernativo, la Administración puso de relieve la exigencia legal de efectuar retención en la fuente para los pagos o abonos en cuentas por concepto de comisiones, a partir del año gravable de 1983, de acuerdo con el Artículo 62 del Decreto 3803 de 1982 en concordancia con los Artículos 12 y 23 del Decreto 2026 de 1983, por cuanto la mayoría de los empleados devengaban comisiones y no sueldos, es decir, que debió efectuarse la retención de acuerdo con los porcentajes establecidos para las comisiones, y no para salarios, como lo acreditan las relaciones de retención.

Para explicar la glosa, la sociedad discriminó la partida en los siguientes rublos:

1. Sueldos y comisiones por valor de $8.814.558,oo -anexo I - pagos sujetos a retención en la fuente por salarios de acuerdo a tablas) y relaciones de retención No. 1032.

2. Sueldos y comisiones por valor de $3.558.511,oo, no cobijados por retención de acuerdo con las tablas de retención de salarios, fijadas en los Decretos 3819 de 1982 y 1660 de 1983, según anexo II.

3. Sueldos y comisiones por valor de $ 3.630.880, sobre cuya partida indicó la suma de $1.936.598,oo, no sujeta a retención de acuerdo con las tablas y la suma de $1.694.282,oo sujeta a retención, no practicada por la sociedad aceptando el rechazo, anexo III.

La sociedad actora explicó igualmente, que las comisiones pagadas obedecen a salarios pactados con agentes vendedores con los que existe relación laboral, las cuales forman parte del salario y de la base para liquidar las prestaciones sociales, así como los aportes parafiscales, por lo que para efectos de la retención en la fuente estaban sujetos a la retención por salarios y no por comisiones.

A folios 60 a 63 (tintilla roja - cuaderno de antecedentes administrativos) aparece el anexo a la declaración de renta No. B-IV-3 contentivo de los salarios y prestaciones sociales, en donde aparece la correspondiente discriminación de éste concepto en: sueldos, comisiones y prestaciones sociales, del cual se puede deducir que los pagos por concepto de comisiones que realizó la actora provienen de una relación laboral, ya que en frente de cada uno de dichos pagos aparecen también prestaciones sociales (primas, bonificaciones, viáticos, etc.) lo que significa que las comisiones en cuestión tienen el carácter de salarios y de ésta manera tales pagos estaban sujetos a la retención en la fuente por salarios y no por comisiones, como le ha exigido la Administración, y lo reitera el apelante.

En efecto, de acuerdo con el Artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo "constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios cualquiera sea la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario, o de horas extras, valor del trabajo en día de descanso obligatorio, porcentajes, comisiones o participaciones de utilidades" (Subraya la Sala).

En esta forma, para la Sala no cabe duda que sí las comisiones se han cancelado dentro de una relación laboral, como aconteció en el caso en litis, la retención en la fuente que debe aplicarse es la establecida para los salarios, y no para comisiones, honorarios y servicios de que tratan los Artículos 12 y 23 del Decreto 2026 de 1984.

Así las cosas, la Sala encuentra acertada la decisión del Tribunal al aceptar la partida de $8.814.558,oo correspondientes a sueldos y comisiones (salarios) cuya retención por salarios aparece acreditada en las relaciones Nos. 1032 (cuaderno de antecedentes administrativos) que se discrimina los correspondientes recibos de pago y demás informaciones exigidas, la cual aparece debidamente sellada por la Administración de Impuestos Nacionales.

Ahora bien, en cuanto a las partidas de $3.558.511,oo (numeral 2) y la suma de $1.936.598,oo (numeral 3) para un total de $5.495.110,oo que no aceptó el Tribunal, y que constituyen el motivo de apelación de la parte actora, se observa lo siguiente:

Como en la partida anterior, corresponden a salarios por concepto de sueldos y comisiones, sobre las que según la actora no existía obligación de efectuar la retención en la fuente por corresponder a partidas cuyo monto mensual individual esta debajo de los limites establecidos en las tablas de retención consagradas en los Decretos 3819 de 1982 y 1660 de 1983.

En materia de retención en la fuente sobre salarios, existió ciertamente limitación en la cuantía de los pagos sujetos a ella, aspecto que determina periódicamente el Gobierno Nacional mediante normas que establecen los correspondientes porcentajes aplicables teniendo en cuenta los pagos o abonos en cuenta y las tarifas de impuesto de renta de cada año, y así para el año en litis, los Decretos 3819 de 1982 y 1660 de 1983 eran normas administrativas que establecieron las correspondientes tablas de retención para los salarios, las cuales indican que éstas debían efectuarse solo a partir de las siguientes sumas:

- Para trabajadores que reciben rentas rentas de trabajo cedidas por su cónyuge.	$11.001
- Para trabajadores que no reciben ni ceden rentas	$22.001
- Para trabajadores que ceden rentas	$36.001

Si se examina los valores consignados en los anexos II y III, que corresponden con la información del anexo a la declaración de renta sobre salarios y prestaciones sociales, en cuanto a los empleados que se relacionan, se puede colegir que el promedio mensual de tales pagos, se encuentra por debajo de las sumas consagradas en las tablas para efectos de la retención indicada, excepto, en la suma que aceptó la sociedad Actora ($1.694.282) lo que conduce a considerar que sobre tales pagos no había obligación de retener y por lo tanto es procedente el reconocimiento de dichos salarios como deducción, si se tiene en cuenta además, que no se trataba de probar la veracidad de los pagos, aspecto que no fue cuestionado, sino el requisito de la retención en la fuente, y éste como se vió tratándose de pagos cuyo monto promedio mensual se encuentre por debajo de las sumas indicadas para el efecto, obviamente no existe obligación de cumplirlo, al encontrarse exonerada de retención tales sumas por disposición expresa de la Ley.

Finalmente, y con respecto a la sanción por no identificar costos, en la suma de $3.156.855, cuantificada en la suma de $63.137 (2%), que levantó el Tribunal originando la objeción de la entidad demandada, observa la Sala, que en este punto le asiste razón a la representante de la Nación, ya que de acuerdo con el Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982, la falta de identificación de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos, origina no solamente el desconocimiento fiscal de los mismos, sino también la aplicación de sanción, que subsiste en forma independiente al reconocimiento o rechazo de los mismos pagos, y si bien la Administración no los aceptó como costos, ello no la releva de la sanción, por cuanto tales pagos por mercancías en tránsito, fueron llevados al inventario final, es decir, que no se aceptaron como costos por éste motivo, y constituyendo un pago, debía cumplir en todo caso con las identificaciones exigidas.

Ha de entenderse entonces, como bien lo dijo el Tribunal en la sentencia apelada, que el contribuyente, en vigencias posteriores a la de 1983, no podía aplicar como costo esta partida, por las razones ya expuestas.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, se procede a practicar una nueva liquidación de impuestos, en los siguientes términos:

RENTA

La gravada en la liquidación de revisión		$16.571.119
Menos: deducciones aceptadas por el tribunal	$9.049.571	
Deducciones aceptadas en esta instancia	$5.495.110	$14.544.681
Renta gravable ahora determinada		$2.026.438
Impuesto a cargo		$364.759
Más: sanción por no identificar ingresos		$108.686
sanción por no identificar costos		$63.137
Total a cargo		$536.582

RENTA A DISTRIBUIR

Renta líquida gravable		$2.026.438
Menos: impuesto a cargo	$364.759	
reserva legal año	-0-	$364.759
Renta líquida a distribuir		$1.661.679

DISTRIBUCION A SOCIOS

EDITORIAL LABOR S.A.	48.15%	$800.098
NIT. 60.022.213		
TALLERES GRAFICOS IBEROAMERICANOS S.A.	48.15%	$800.098
NIT. 60.022.214		
INDUSTRIAS FASGAS RAMON	3.70%	$61.482
	100%	$1.661.679

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

1 REVOCASE, la sentencia de la fecha 4 de abril de 1991, originaria del Tribunal administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

2. ANULASE, la operación administrativa integrada por los siguientes actos administrativos: Liquidación de Revisión No. 000641 de 25 de julio de 1986 y la Resolución No. 000479 del 29 de junio de 1988, expedidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, relacionados con el impuesto de renta y sanciones a cargo de la sociedad EDITORIAL LABOR COLOMBIANA LTDA., NIT. 60.014.783, correspondiente al año gravable de 1983.

3. FIJASE, en la suma de QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE ($536.582,oo) el valor del impuesto de renta y sanciones a cargo de la sociedad EDITORIAL LABOR COLOMBIANA LTDA., NIT. 60.014.783, por el período gravable de 1983.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Eduardo Laverde Toscano. Conjuez, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Conjuez.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

SANCION TRIBUTARIA/ INSPECCION CONTABLE/DERECHO DE DEFENSA

Puede la Administración previa la verificación de las conductas sancionables, imponer las multas procedentes en acto independiente al de la fijación del tributo sin que llegue a estar viciado por el solo hecho de que la inspección contable en que determinó dicha conducta irregular, haya tenido como motivo principal hechos relativos al de la mencionada fijación de la obligación tributaria. Sin embargo, la carencia de una regulación especifica para el evento de imposición de sanciones en resoluciones independientes, antes del Decreto 2503 de 1987 no excusa , la preterminación por parte de las autoridades fiscales de por lo menos algún acto o trámite que de la oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, dado que ante el vacío normativo especial para la época, se dispone la aplicación de la regulación general del C.C.A .

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá D.C. trece de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref. : Expediente No 3855. Actor: Esso Colombiana Limited. Apelación de la sentencia de 14 de junio de 1991 proferida por el tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron la sanción por los libros de contabilidad por el año fiscal de 1.985. FALLO.

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por la Nación contra la sentencia de 14 de junio de 1991 mediante la cual el tribunal administrativo de Cundinamarca anuló los actos administrativos mediante los cuales la Administración

de Impuestos Nacionales de Bogotá impuso a la sociedad ESSO COLOMBIANA LTDA. (antes International Petroleum Colombia Limited) , Nit 60.028.373, sanción por libros de contabilidad por el año gravable de 1985.

ANTECEDENTES

El acto acusado.

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá mediante la Resolución 040230 de 26 de diciembre de 1986 impuso una sanción de $ 259.032.777 a la sociedad actora por registrar atraso superior a tres meses en el libro de inventarios y balances " toda vez que solo registra el movimiento hasta 31 XII-83", determinada en inspección contable practicada con base en el auto comisorio No 000337 de 19 de junio de 1985 (fl. 46) .

La vía gubernamental. La Administración al decidir la reposición, en la resolución No 116 de 27 octubre de 1988 redujo la suma impuesta a $ 78.515.429 .00. Se confirmó en apelación. Resolución 041 de 2 de diciembre de 1988.

La demanda. La sociedad contribuyente instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la anterior actuación alegando que se apartó la administración de las formas propias del trámite procesal para imponer la sanción, dado que : " si bien es cierto que mediante el Auto Comisorio No 000337 de junio de 1985 se ordenó la práctica de una inspección contable para determinarse los impuestos de renta y complementarios por el año gravable de 1983, mal podría extenderse de la facultad para revisar los libros de contabilidad con respecto al año fiscal de 1985, puesto que la inspección mencionada se practicó a partir del 21 de junio de 1985 y término el 29 de agosto del mismo año.

> " Al tenor de lo dispuesto en el Artículo 56 del Decreto Ley 3803 de 1982, se configuraría atraso en la contabilidad de mire presentada por el año fiscal de 1985 sólo hasta después de marzo 31 de 1986, pues la sanción se causa cuando existiere atraso en los libros de Contabilidad por más de tres meses." (fl. 7)

Y que al no enviarse requerimiento especial previo a la inspección, se vulneró el derecho de defensa de la actora, pues no se dió oportunidad procesal alguna a la Compañía que represento para suministrar cualquier explicación , aclaración o información que pudiera tener relación con el año de 1985" (fl 11).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Administración de Impuestos Nacionales dió contestación a la demanda indicando que:

> " La formalidad del requerimiento especial está prevista en la legislación Tributaria en el Artículo 42 de la Ley 52 de 1977 pero única y exclusivamente cuando se trate de la liquidación de revisión .....No puede afirmar el libelista que se violó el derecho de defensa de su representada, toda vez que se le otorgaron las diversas oportunidades procesales para que refutara, impugnara y presentara las pruebas conducentes en defensa de sus peticiones y poder controvertir el atraso establecido a través de la inspección contable (Requerimiento Especial, recursos de reposición etc.) (fl. 88) .

Está plenamente establecido el atraso en el libro de inventarios y balances superior a tres meses, pues la visita se inicio el 19 de junio de 1985 y el registro contable correspondiente al período gravable de 1985, debía estar asentado a más tardar el 31 de marzo de ese año. (fl 88).

SENTENCIA APELADA

El Tribunal en la providencia impugnada accedió a las pretensiones de la demanda, anulando los actos acusados, por considerar que dado el auto comisorio No 000337 de 19 de junio de 1985 " limitó" al comisionado a practicar visita contable para el año gravable de 1983, carecía éste de competencia para hacerla extensiva " a periódicos y aspectos diferentes a los que eran motivos de comisión"vulnerándose además el derecho de defensa de la contribuyente consagrado en el Artículo 26 de la Constitución Nacional (1986) (fl. 142)

LA APELACION

La Dirección de Impuestos Nacionales interpuso recursos de apelación contra la anterior providencia aduciendo que:

1) Existe incongruencia entre el argumento esbozado en la demanda (indebido procedimiento) y aquél en que se fundamentó el a-quo para su decisión (incompetencia del funcionario para actuar) (fl 148).

2) La Facultad de fiscalización e investigación de la Administración no encuentra en el auto comisorio mencionado un prerequisito indispensable para se realizada, pues , " para tal fin basta que aquélla función se desarrolle a través de funcionario con competencia para tal efecto, lo cual no emana de un auto comisorio", (fl.150)

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Sexta de la Corporación representada por la Doctora Ana Margarita Olaya de Obando, solicita la confirmación del fallo apelado. aunque por razones diferentes a las expuestas por el *a-quo*, dado que estima, que se ha violado el derecho de defensa del contribuyente, pues, si bien no existía hasta la expedición del Decreto 2503 de 1987 un procedimiento especial aplicable cuando se impusieran sanciones en resolución independiente, debía la Administración seguir el procesamiento general;, esto es, el del Decreto 01 de 1984, debiendo necesariamente "dar aplicación al Artículo 35 del Código precitado, el cual prevé que se le dé oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, llámese tal oportunidad requerimiento, citación traslado del acta de visita, etc, " (fl 180), lo cual no hizo en esta ocasión.

CONSIDERACIONES

Los puntos planteados por la recurrente, para impugnar la providencia del tribunal se refieren, el primero a la incongruencia entre las argumentaciones de la demandante y el respectivo fallo, y el segundo, a la amplitud de la facultad de fiscalización de Administración.

Se estima a diferencia de lo afirmado por la Administración si es mencionado en el libelo demandatorio, lo relativo a la incompetencia del funcionario, cuando indica que según se transcribió, la facultad otorgada por la comisión mal podría extenderse a revisar los libros de contabilidad en relación con el año fiscal de 1985. No obstante que la mencionada incongruencia es inexistente, observa la Sala que efectivamente, puede la Administración, previa la verificación de las conductas sancionables, imponer las multas procedentes en un acto independiente al de la fijación del tributo, sin que llegue a estar viciado por el sólo hecho de que la inspección contable en que se determinó dicha conducta irregular, haya tenido como motivo principal hechos relativos al de la mencionada fijación de la obligación tributaria.

Sin embargo, se coincide con la opinión de la distinguida colaboradora Fiscal en que la carencia de una regulación especifica para el evento de imposición de sanciones en resoluciones independientes, antes del Decreto 2503 de 1987, no excusa, la pretermisión, por parte de las autoridades fiscales de por lo menos algún acto o trámite que dé la oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, dado que ante el vacío normativo especial mencionado, para la época de que se trata, se impone necesariamente la aplicación de la regulación general del Artículo 1 inciso 2 de dicho estatuto, el cual consagra tal obligación en su artículo 35, tanto más cuanto se trata de una decisión sancionatoria de una conducta de los particulares, derecho que por demás se encuentra plasmado en nuestra Carta Fundamental (anterior y actual).

No puede compartir, pues, la sala el argumento de la apelación en el sentido de que como no existía procedimiento, los funcionarios podían inventarlo a su arbitrio,

el cual se esboza en el aparte que a continuación se inserta del memorial sustentatorio del recurso:

> "Tal circunstancia obedece indudablemente a que como lo vimos en apartes anteriores, si la Administracion goza de amplias facultades de fiscalización e investigación en cuyo desarrollo puede investigar o fiscalizar uno o más períodos gravables e igualmente uno o más tipos impositivos y adaptar los procedimientos pertinentes para tal fin, mal podía el legislador limitar aquella función o supeditarla a formalismos que eran propios de la Administración para desarrollar su función (fl 151).

Dado que es éste precisamente uno de los puntos planteados en la demanda (f l. 11), el cual además fue acogido en la sentencia apelada para la decisión (fl. 142), procede la confirmación de esta providencia por que no tiene las argumentaciones de recurrente, la capacidad para desvirtuarla.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de Contencioso Administrativo, Sección Cuarta administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

CONFIRMARSE la sentencia de 14 de junio de 1991, proferida en el proceso No 6873, mediante la cual el tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda.

Reconócese personería a la Doctora María Cristina Ramirez Londoño (fl. 158).

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zarate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Hugo Palacios Mejía, conjuez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

IMPUESTO DESCONTABLE/ACTIVO FIJO -Adquisición/**IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

Es cierto que los impuestos pagados en la venta de activos fijos no son descontables conforme al parágrafo 2 del Artículo 3 del Decreto 570 de 1984; pero no puede calificarse la adquisición del vehículo con el fin de rifarlo como un activo fijo, y tampoco como un activo movible, por cuanto la principal característica que los define, como es la de enajenarse o no dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente, no se configura, por cuanto su destinación no es precisamente la enajenación, sino por el contrario un incentivo para incrementar las ventas de la empresa. Por ello resulta equivocada la calificación que de los activos fijos hizo la Administración Tributaria, ya que es evidente que dicho bien no tiene tal carácter y por lo tanto tal proceder es violatorio de las normas que consagran el derecho al descuento de compras de bienes o servicios que se tratan como costo o gasto. (Primer trimestre de 1984).

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta
Santafé de Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

EXPEDIENTE Nro. 3884. ACTOR: ALKIL LTDA. NIT. 60.055.874 IMPUESTOS (Ventas 1er trimestre 1984). FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por el apoderado judicial de la Nación-Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia de fecha 15 de julio de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la sociedad Alkil Ltda. Nit. 60.055.874, contra la operación administrativa que le determinó el impuesto sobre las ventas por el primer trimestre de 1984.

ANTECEDENTES

La sociedad presentó oportunamente su declaración de ventas por el primer trimestre de 1984, el día 30 de abril de 1984, en cuya liquidación privada se determinó un saldo a favor en cuantía de $201.779.

Con fecha 30 de mayo de 1986, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Bogotá, previo requerimiento especial, practicó la liquidación de revisión Nro. 100282 por el primer trimestre de 1984, en la cual se rechazaron impuestos descontables en cuantía de $276.923 considerados como improcedente e imponiendo a su vez sanción por inexactitud.

El día 30 de julio de 1986 la sociedad Alkil Ltda., interpuso el recurso de apelación de reconsideración contra la liquidación antes mencionada, el cual fué resuelto mediante Resolución Nro. 000110 del 11 de marzo de 1988, confirmándose la liquidación impugnada, decisión con la cual quedó agotada la vía gubernativa.

Teniendo en cuenta que los actos administrativos fueron adversos a sus pretensiones, la sociedad acudió a la Jurisdicción Contenciosa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde solicita la nulidad de los actos administrativos y que se la restablezca en su derecho.

Cita como normas violadas los siguientes Artículos: 10 del Decreto 2815 de 1984, 27 del Decreto 1988 de 1974, 49 y 50 del Decreto 3803 de 1982, 26, 30 y 34 de la Constitución Nacional.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribuna Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda al considerar que el impuesto descontable solicitado por la sociedad en la compra de un vehículo para rifarlo entre sus clientes, es descontable, de conformidad con lo previsto en el Artículo 10 del Decreto 2815 de 1974, modificado por el Artículo 10 del Decreto 1494 de 1978, por cuanto de acuerdo con su objeto social, no puede concluirse que la rifa de autos esté dentro del giro ordinario de sus negocios, y, por el contrario, constituye una actitud excepcional y si bien puede realizarse para incrementar la ventas, esto no le da a los vehículos que se compren para tal fin, la naturaleza de activos movibles, y tampoco puede afirmarse que se trata de un activo fijo comprado para que hiciera parte de tal inventario en calidad de bien durable en cabeza de la empresa susceptible de depreciación; en consecuencia, tal adquisición indudablemente al incorporarse a los gastos y costos de ventas, es descontable el impuesto sobre ventas pagado, y así mismo la sanción por inexactitud no se presenta, por cuanto ésta se fundó en la consideración de la adquisición de un activo fijo.

LA APELACION

El apoderado judicial de la Nación apela la decisión del Tribunal y solicita revocar la sentencia apelada y en lugar de confirmar la operación administrativa por cuanto al analizar el objeto social de la empresa, el objetivo de la compra del vehículo y la característica que para efectos fiscales debe reunir un bien para considerarse como activo fijo, se desprende que efectivamente, el automóvil comprado constituye un activo fijo, pues dentro de sus características está la de que no se enajene dentro del giro ordinario de sus negocios, como igualmente la que sea susceptible de depreciación por desgaste de funcionamiento y que ofrezca una vida razonable. Así mismo, el hecho de que al bien se le hayan dado la destinación de rifarlo entre sus clientes, no modifica para efectos fiscales la naturaleza del bien como activo fijo. En consecuencia, el impuesto pagado por su adquisición no es descontable de acuerdo al parágrafo 2 del Artículo 15 del Decreto 3541 de 1983, y Artículo 10 del Decreto 2815 de 1974 y 27 del Decreto 1988 de 1974.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial de la Nación manifiesta que de acuerdo al parágrafo 2 del Artículo 3 del Decreto 574 de 1984, el impuesto a las ventas por la adquisición o importación de activos fijos, no otorga derecho a descuento. De otra parte, el Artículo 20 del Decreto 2053 de 1974, define como activos fijos o inmovilizados, los bienes corporales muebles e inmuebles y los incorporales, que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios, lo que significa que los bienes se clasifican según su destinación y no según su naturaleza, esto es, que para dar aplicación a la norma que prohibe expresamente el descuento en ventas por compra de activos fijos, es presupuesto básico establecer cual fué la destinación del bien adquirido, que para el presente caso la destinación fue "costos de publicidad", luego no está dado el presupuesto de la destinación específica que exige la Ley como requisito para la viabilidad del descuento.

Manifiesta el apoderado de la parte demandada que es equivocada la interpretación que hace el Tribunal de los conceptos de durabilidad y depreciación, porque la duración del activo no se predica respecto del término de posesión en cabeza del titular o poseedor del mismo, sino de la naturaleza física del mismo bien y el concepto de depreciación aunque conlleva el presupuesto del tiempo de vida útil, su finalidad es específica, esto es, la recuperación económica de su costo de adquisición a través de la deducción en materia de renta, la cual puede o no solicitarse, pero el hecho de que no se haga uso de este beneficio de ninguna manera desvirtúa su calidad de depreciable. En cuanto al objeto social, de acuerdo al certificado de la Cámara de Comercio, ni la compra o venta de vehículos ni la rifa o sorteo de los mismo, se incluyen como actividades propias del desarrollo del objeto social de la sociedad, luego, contrario a lo que afirma el Tribunal, tal hecho si constituye un elemento de juicio adicional y válido a favor de la decisión administrativa.

Finalmente, expresa el apoderado de la Nación en cuanto a la sanción por inexactitud debe observarse que al tenor del Artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, el hecho sancionado corresponde a la solicitud de un descuento no autorizado por la Ley; luego no tiene cabida como eximente de la sanción, la diferencia de criterios que insinúa el demandante, y si el hecho sancionado no ha sido desvirtuado la sanción por inexactitud debe mantenerse.

El representante del Ministerio Público no presentó alegatos de conclusión en esta etapa procesal al igual que la parte demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia se contrae a la pretensión del apoderado de la Nación - Dirección de Impuestos Nacionales que controvierte la decisión que aceptó como impuesto descontable, los pagados en la adquisición de un vehículo por parte de la sociedad actora para rifarlo entre sus clientes, los cuales fueron rechazados por la Administración por cuanto consideró que se trataba de la compra de un activo fijo sobre el cual no hay derecho al descuento del impuesto pagado por su adquisición.

Conforme al Artículo 10 del Decreto 1494 de 1978, del valor de los impuestos liquidados en un determinado período gravable, el contribuyente tiene derecho a descontar los impuestos sobre las ventas por los siguientes conceptos:

> "a) Los liquidados por la adquisición de materias primas y demás elementos que normalmente se incorporan a los gastos y costos de producción y venta , incluidos los de administración, de bienes objeto del tributo, tanto gravado como exentos del tributo."

Como se colige del texto de esta disposición, los impuestos sobre los cuales existe derecho a descuento en el impuesto sobre las ventas, son los que se pagan por las compras de bienes o servicios que tengan el carácter de costo o gasto de las ventas, tanto gravadas como exentas.

En el caso que se debate, la sociedad actora adquirió el bien con el ánimo de dar un incentivo a los clientes de la compañía para mejorar sus ventas, tal como consta en el acta Nro. 5 de socios de fecha 15 de febrero de 1984 (folio 63) y que corrobora el acta de entrega del vehículo que aparece al folio 62, lo que significa que se trata de una técnica de venta y como tal forma parte de los gastos de ventas de los bienes objeto del tributo de que es responsable la actora.

La propia apoderada de la Nación así lo reconoce en el memorial de alegato de conclusión (folio 140) al manifestar: "En el caso sublite está claro que la destinación del activo no fué la de enajenarlo en el giro ordinario de los negocios, sino la de rifarlo entre los clientes de la sociedad, o sea, que su destinación fué "costos de publicidad".

Ahora bien, es cierto que los impuestos pagados en la venta de activos fijos, no son descontables conforme al parágrafo 2. del Artículo 3 del Decreto 570 de 1984; pero no puede calificarse la adquisición del vehículo con el fín de rifarlo, como un activo fijo, y tampoco como un activo movible, por cuanto la principal característica que los define, como es la de enajenarse o no dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente, no se configura, por cuanto su destinación no es precisamente la enajenación, sino por el contrario un incentivo para incrementar las ventas de la empresa.

Por ello resulta equivocada la calificación que de activos fijos hizo la Administración Tributaria, ya que es evidente que dicho bien no tiene tal carácter y por lo mismo la razón aducida para desconocer como descuento el impuesto pagado del mismo, es improcedente y por lo mismo violatorio de las normas que consagran el derecho al descuento de las compras de bienes o servicios que deben ser tratados como costo o gasto.

En cuanto a la sanción por inexactitud fundamentada en la improcedencia del descuento sobre el impuesto pagado en la adquisición del vehículo con fines de rifa al quedar establecido la procedencia del mismo de acuerdo con lo anteriormente analizado, la sanción necesariamente debe desaparecer tal como lo decidió el *a-quo*, y lo confirma ahora la Sala.

En corolario de las consideraciones que anteceden, concluye la Sala, que no le asiste razón a la apoderada de la Nación en sus pretensiones expuestas en la apelación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia apelada de fecha 15 de julio de 1991, emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zarate. Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

ACTA DE INSPECCION CONTABLE -Naturaleza/**PRUEBA CONTABLE**

No puede pretenderse que el acta de Inspección contable sea prueba absoluta e incontrovertible, porque es precisamente la misma Ley la que le permite al contribuyente los descargos en ella contenida y especialmente, porque el principio de publicidad y contradicción de la prueba así lo exige. Entonces cuando el contribuyente estima que los registros contables fueron indebida o erróneamente analizados o apreciados por los funcionarios de la Administración, puede solicitar el análisis de los mismos por expertos con el fin de que el juez de conocimiento aprecie el dictamen y lo valore frente al acta de inspección practicada por la Administración y los hechos económicos del contribuyente.

ADICION DE INGRESOS -Improcedencia/**INGRESO NO GRAVADO/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

El dictamen pericial explica el sistema contable empleado por la sociedad, la situación de fondo y de costos, a las sucursales y da fe que la sumas consideradas como ventas omitidas por la Administración de Impuestos, si corresponden a cargos que hace la casa matriz a todas sus sucursales y que en ningún momento corresponden a ingresos por concepto de ventas, conforme a los comprobantes de diario, soportado con el auxiliar de movimiento entre corporación -casa principal con sucursales y almacenes; luego este dictamen permite concluir que los supuestos ingresos que adicionó la Administración por los bimestres IV y V de 1982, no corresponden a ventas omitidas susceptibles de gravamen. (II Semestre de 1982).

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Ref.: Radicación 4210 Apelación de la sentencia de abril 30 de 1992 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impuesto sobre las ventas II semestre de 1982. Actor: Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S.A. (Antes Sears Roebuck de Colombia S.A.). FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por el apoderado judicial de la actora, como por el apoderado judicial de la Nación contra la sentencia del 30 de abril de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por la SOCIEDAD ANDINA DE LOS GRANDES ALMACENES S.A. (antes SEARS ROEBUCK DE COLOMBIA S.A.) NIT. 860005229-2, contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto sobre las ventas correspondiente al II semestre de 1982.

ANTECEDENTES

Con fundamento en el acta de visita practicada en cumplimiento del auto comisorio # 000142 del 24 de octubre de 1984 y en la respuesta al requerimiento especial # 000248 del 21 de diciembre del mismo año, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó la liquidación de revisión # 100184 notificada el 29 de abril de 1985, correspondiente al primer semestre de 1982.

Adicionó ésta las ventas contabilizadas y no declaradas por los bimestres IV, V y VI por un total de $139.394.951, por concepto de ventas efectuadas, servicios facturados e impuestos por pagar contabilizados sin declarar al ingreso, desconoció los impuestos descontables solicitados porque fueron contabilizados solo en marzo de 1984, y sancionó por inexactitud.

Interpuesto al recurso de reconsideración contra la decisión oficial, éste fue resuelto por la Resolución #000041 p de 4 de octubre de 1988, que modificó la liquidación de revisión, únicamente para corregir un error aritmético de $129.346 correspondiente a financiación ventas, incluida dos veces,

LA DEMANDA

Agotada la vía gubernativa, ante la jurisdicción el apoderado de la sociedad, reclama la nulidad de los actos administrativos acusados y como restablecimiento del derecho, pide que se practique una nueva liquidación en la que se determine el impuesto que legalmente le corresponde pagar por el II semestre de 1982 y se revoque por inexactitud.

Con cita de los Artículos 2, 7 numeral 29, 13, 26 y 27 del Decreto 1988 de 1974; 27, 40 numeral 4º del Decreto 2821 de 1974; 15 y 49 del Decreto 3803 de 1982; 9º de la Ley 145 de 1960; 98 de la Ley 9 de 1983; 187 del Código de Procedimiento Civil; 42 y 49 literal g) de la Ley 52 de 1977; 12 del Decreto 2368 de 1974; 3 numeral 10 del Decreto 2810 de 1974 y 26 de la Constitución Nacional, que considera fueron infringidos por la Administración, argumenta en síntesis que, el acto administrativo violó dichas normas, porque desconoció el valor probatorio de los comprobantes de diario No. 85 de julio y octubre de 1982 y los movimientos contables entre almacenes, autenticados por el revisor fiscal, con transgresión de las normas sobre valor probatorio de la contabilidad, de las que consagran el hecho generador del impuesto sobre las ventas, su base gravable, las que ordenan el análisis de las pruebas de acuerdo con la sana crítica, las constitucionales que garantizan el derecho de defensa.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 30 de abril de 1992, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda considerando que:

1. Prosperaba el cargo de indebida adición de las ventas de la sociedad, por el IV y V bimestre de 1982 por $64.940.456 y $69.714.890, respectivamente, porque el dictamen pericial da cuenta que el movimiento contable de los comprobantes de diario # 85 de julio y octubre de 1982, se encuentran registrados en los libros Diario y Mayor, y que corresponden a cargos que hace la casa matriz a todas sus sucursales en desarrollo de políticas presupuestales, que en ningún momento corresponden a ingreso por concepto de ventas, ya que la documentación estudiada determina claramente que la empresa ha involucrado a la contabilidad financiera todo lo relacionado con el movimiento presupuestal.

Pero con relación a la adición de ventas del VI bimestre por $1.248.631, no acepta la prosperidad del cargo, porque con el dictamen pericial, la actora no logró demostrar que la suma contabilizada y no declarada no era ingreso para la sociedad.

2. Que prosperaba el cargo contra la adición a la base gravable por venta de servicios en cuantía de $2.216.374, ya que conforme al dictamen pericial, éstos corresponden a servicios de reparación en período de garantía y los repuestos suministrados no se podían cobrar a los clientes, porque su valor ya estaba incluido en el precio de venta de las pólizas de mantenimiento de los bienes.

3. Que también prosperaba el cargo contra el desconocimiento de impuestos contabilizados y no declarados por $1.145.250, de acuerdo al dictamen pericial, porque el análisis de la cuenta 82-1 "Impuesto a las ventas por pagar IVA" IV a VI bimestre de 1982, confrontando con la conciliación efectuada por los funcionarios de la Administración de Impuestos, se determina que el valor de $1.145.250 no se halla en la conciliación del IV bimestre, ni en las anteriores realizadas por ellos.

4. Que la sanción por inexactitud, en razón de que los cargos propuestos habían prosperado parcialmente, debía reconsiderarse en su cuantía.

Como consecuencia anuló los actos acusados y determinó el impuesto a la sociedad, fijándole un valor total de $2.820.741 y redujo la sanción por inexactitud a $149.834.

LA APELACION

De la Actora:

El apoderado judicial de la sociedad demandante apela la sentencia y solicita se revoque ésta en cuanto mantiene la adición de ventas por el VI bimestre de 1982 en cuantía de $1.248.631, que formaba parte de la suma de $11.377.977, que inicialmente rechazó la Administración sin ofrecer razones de ninguna clase, porque la sola frase "ventas contabilizadas no declaradas por el responsable", aceptada por el Tribunal, no constituye explicación de acuerdo con el Artículo 42 de la Ley 52 de 1977.

Acusa la sentencia de no detenerse ni analizar el dictamen de los expertos contables sobre este punto.

DE LA DEMANDA

El apoderado de la parte demanda discrepa de la sentencia de la primera instancia, toda vez que durante el proceso gubernativo se cuestionó a la actora precisamente por no haber aportado dentro de la inspección contable los documentos soportes de todos sus registros, siendo su obligación proporcionarle a los funcionarios so pena de no poder invocarlos posteriormente a su favor. Pide a la Sala, dé plena aplicación al Artículo 15 del Decreto 3803 de 1982.

EL MINISTERIO PUBLICO

La Señora Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado solicita se revoque la sentencia, en cuanto al punto materia de apelación expuesto por la actora porque realmente su afirmación de que el reparo formulado por la Administración no se ajustó a las exigencias del Artículo 42 de la Ley 52 de 1977, es válida en cuanto no se tuvieron en cuenta las pruebas allegadas al proceso, en la forma como ordena hacerlo el Artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, no solo para suplir la falta de razones dentro de la liquidación de revisión, que explicaran al mencionado ajuste a la base gravable, sino para demostrar que la suma correspon-

de a devoluciones de ingresos por servicios gravados en el mes de diciembre de 1982, contabilizada como débito en la cuenta de ingresos, que inexplicablemente el funcionario de Impuestos no tomó así, como sí lo hizo con otros cargos a la cuenta de ventas.

Estima que las explicaciones y documentos presentados por la sociedad contribuyente, ratificados por el dictamen pericial, aportan al proceso más claridad que la sola frase "ventas contabilizadas no declaradas" con la cual tanto el requerimiento especial como la liquidación de revisión pretende explicar la adición a la base gravable.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. APELACION DE LA ENTIDAD DEMANDADA

En primer lugar y atendiendo a la apelación de la apoderada judicial de la Nación, observa la Sala, que según afirma la misma acta de visita de octubre 26 de 1984 (fl. 220 numeración mecánica tinta verde, cuaderno de antecedentes administrativos) la sociedad exhibió los libros de contabilidad principal y auxiliares; que llevaba a nivel de mayor, la cuenta de "impuesto a las ventas por pagar", cuantas separadas de las ventas gravables excluidas y exentas, y que en ningún momento se afirma por parte de la administración que el contribuyente no hubiera exhibido o presentado los comprobantes de orden interno o externo solicitado por sus funcionarios.

El acta de visita administrativa de inspección, como en repetidas veces lo ha analizado la Corporación, no tiene el carácter de prueba pericial, no sólo porque la práctica de la misma no se sujeta a los principios y formalidades de ésta, sino porque a los funcionarios que en ellas intervienen no se les exige que ostenten la condición de contadores públicos, de suerte que de la respectiva acta solo es posible presumir la coincidencia con los datos consignados en los libros de contabilidad, según se desprende del Artículo 92 del Decreto 1651 de 1961, vigente para el sub-lite.

No puede pretenderse entonces que el acta de inspección sea prueba absoluta e incontrovertible, porque es precisamente la misma Ley que le permite al contribuyente los descargos en ella contenidos y especialmente porque el principio de publicidad y contradicción de la prueba así lo exige.

Entonces, cuando el contribuyente estima que los registros contables fueron indebida o erróneamente analizados o apreciados por los funcionarios de la Administración, puede solicitar el análisis de los mismos por expertos con el fín de que el juez de conocimiento aprecie el dictamen y lo valore frente al acta de inspección practicada por la Administración y los hechos económicos del contribuyente.

Si bien el acta de inspección es prueba de las irregularidades contables que reporte y de la inoponibilidad en su momento, frente a terceros, de los libros y efectos

inspeccionados, no lo es de la inexistencia física o falsedad de los conceptos y guarismos objeto de examen; menos aún cuando el funcionario que practica la visita no ha analizado la totalidad de los libros y papeles de comercio por no haberlos pedido al contribuyente para complementar el estudio pertinente, con el fin de que el acta sea el reflejo exacto y concreto de la realidad contable.

Pero si la misma Administración admite que no analizó los comprobantes de orden interno y externo en el momento de la visita, no puede oponerse a su análisis por expertos en la materia, salvo el caso que habiéndolos pedido expresamente, el contribuyente se hubiera negado a su exhibición o que éste no lleve registradas sus operaciones mercantiles conforme lo exige la Ley, o que los libros como documentos no son, hayan sido tachados por falsedad.

En este orden de ideas fue acertada la decisión del a-quo al admitir la prueba pericial pedida en la demanda, para hacer efectivo el derecho de defensa amparado por la Constitución Política.

Según consigna el acta de visita y adición a la base gravable comprende:

1. Ventas contabilizadas y no declaradas por $136.033.327

De acuerdo con el acto administrativo de liquidación de revisión se mantuvo la adición porque "los documentos remitidos por ustedes con ocasión de la respuesta al requerimiento, como son las copias de los asientos contables carecen de validez en esta oportunidad teniendo en cuenta que ellos debieron haber sido observados y analizados por la comisión visitadoras, facultada para ello. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 40 del Decreto 2821 de 1974 numeral 4, Artículos 30 y 37 Ley 52 de 1977 y Artículo 15 del Decreto 3803 de 1982."

En la respuesta al requerimiento, la sociedad acusó a la funcionaria que practicó la visita, de rendir información completamente inexacta y ajena a los hechos y explica la práctica comercial en el manejo de la cuenta de la casa principal con las sucursales, calculándoles cargos financieros por comisiones sobre ventas, comisiones sobre activos e intereses por cuenta a plazos, para simular la situación que tendría cada una de ellas, si se manejara como empresa independiente, lo anterior porque los créditos, la administración general y especialmente el departamento de compras de mercancías, está centralizado en la oficina principal que no tiene locales de ventas.

Para probar la aseveración anterior, la requerida acompañó los certificados expedidos por el revisor fiscal.

El anterior planteamiento lo reiteró en el recurso gubernativo y no fue atendido por la Administración alegando que no eran de recibo las pruebas presentadas ya que si los funcionarios que realizaron la visita no las consideraron fue porque la contribuyente no las presentó.

El dictamen pericial (cuaderno de pruebas) explica el sistema contable empleado por la sociedad, la situación de fondos y costos, a las sucursales y da fe que las sumas de $64.940.456 y $69.714.896 consideradas como ventas omitidas por la Administración de Impuestos, si corresponden a cargos que hace la casa matriz a todas sus sucursales y que en ningún momento corresponden a ingresos por concepto de ventas, conforme a los comprobantes de diario # 85 de julio de 1982, soportado con el auxiliar JE-GA, de movimiento entre corporación - casa principal con sucursales y almacenes. Señala así mismo los comprobantes Nos. 11-07-80, 11-07-70,12-07-80, 12-07-82, 13-07-81, 14-07-85, 14-07-74A, 15-07-84, 15-07-74, 16-07-83, 16-07-73, 16-07-73, 17-07-86, 17-07-75, 18-07-33 y 18-07-19, para el movimiento de las cuentas 145 y 163 de "cargos almacenes"

Este dictamen permite a la Sala concluir que efectivamente los supuestos ingresos que adicionó la Administración por los bimestres IV y V de 1982, no corresponden a ventas omitidas susceptibles de gravamen por lo tanto la decisión del *a-quo* que así lo admite merece confirmación.

2. Adición a la base gravable por venta de servicios por $2.216.374.

Con relación a este cargo la Administración de Impuestos en el acta de Inspección (fl. 000253 numeración mecánica tinta verde, cuaderno de antecedentes administrativos) señaló que la suma de $2.355.207, corresponde a órdenes de servicio según relación que adjunta, sobre las cuales el responsable no liquidó el impuesto sobre las ventas estando obligado a hacerlo.

Por su parte el contribuyente explica que dichas órdenes de servicio corresponden a suministro de repuestos por mantenimiento en garantía, es decir por bienes y servicios previamente vendidos, cuya venta causó el impuesto y que por lo tanto no puede cobrar el servicio ni causar el impuesto sobre las ventas por hacer parte dicho servicio de contratos principales.

El dictamen pericial, sobre este punto indica:

> "Examinando los documentos que originaron esta partida encontramos que el Código Contable de la Compañía incluye la cuenta # 92 de naturaleza crédito, en la cual se registran todos los ingresos por servicios a clientes, como es la venta de pólizas de mantenimiento y la garantía para todos los electrodomésticos. Entre los documentos origen encontramos las Ordenes de Servicio que es el documento primario en el cual se registran en forma detallada los repuestos que se necesitan en cada reparación, los que son entregados por el almacenista sin costo alguno para el cliente, ya que estos han sido incluidos en el precio de la garantía o póliza de mantenimiento. Esta operación da origen a los cargos o débitos a la cuenta "INGRESOS POR SERVICIOS A CLIENTES", tal como se puede apreciar en el cuaderno explicativo del punto anterior. Esta partida la conforman las relaciones de servicio enumeradas en el expediente así:

"Folio No. 134 por	$581.186	del 4o. Bimestre
"Folio No. 136 por	$563.662	del 5o. Bimestre
"Folio No. 139 por	$1.071.526	del 6o. Bimestre
TOTAL	$2.216.374	

"Lo que determina que no se trata en ningún momento de Ingresos por Venta de Servicios, sino a los costos por concepto de repuestos que entrega el almacén para dar cumplimiento a lo pactado en las pólizas de garantía."

No existe entonces la menor duda, de que el servicio de mantenimiento prestado, por corresponder a la garantía o póliza de mantenimiento no generó una operación distinta de la ya gravada con el impuesto, contenida en el contrato principal de venta, o póliza de mantenimiento.

En consecuencia la decisión del a-quo que así lo admite merece confirmación.

3. Impuestos contabilizados y no declarados por la compañía por $1.145.250

En relación con este cargo, la sociedad actora, expuso que la cifra propuesta no existía en la contabilidad y acusó, en el recurso gubernativo, al funcionario liquidador de haber propuesto la adición sin entender el punto, pues solo copia una serie de cifras presentadas en el acta de visita pero no dice concretamente en que se fundamenta la supuesta omisión de ingresos.

Y el dictamen explica que:

"analizada la cuenta 82-1 'Impuesto a las ventas por pagar IVA' corresponde al año de 1982, tomado desde el 4o. hasta el 6o. bimestre y confrontando este estudio con la conciliación efectuada por los funcionarios de la Administración de Impuestos Nacionales, se determinó que el valor de $1.145.250 no se encuentra en la conciliación del 4o. bimestre, ni en las anteriores conciliaciones rechazadas por los mismos funcionarios.

Lo anterior fue aceptado por el Tribunal para disminuír la base gravable en la suma de $1.145.250 y lo comparte la Sala, porque efectivamente la Administración no explicó en el proceso de investigación, determinación y discusión del impuesto de donde y por qué resultó tal cantidad y ella se evidencia de las conciliaciones que hizo el funcionario administrativo en el acta de visita por el IV BIMESTRE de 1982 (fl. 000236 y 000237 del cuaderno de antecedentes).

4. Sanción por inexactitud.

Obviamente al prosperar parcialmente los cargos, contra la liquidación oficial ésta debe determinarse de acuerdo con el impuesto atribuible a la inexactitud.

II. APELACION DE LA ACTORA

La actora al apelar la sentencia expone como único punto de inconformidad el no haber aceptado el a-quo, el cargo contra la indebida adición a las ventas por VI bimestre de 1982 por valor de $1.248.631 la cual formaba parte del valor de $1.277.977, inicialmente adicionado como mayor valor de las ventas, que la Administración redujo al aceptar en el recurso gubernativo que la cantidad que la cantidad de $129.346, fue doblemente gravada, amparándose únicamente en la frase contenida en el memorando explicativo de la liquidación de revisión: "Ventas contabilizadas y no declaradas por el responsable" sin que ella constituya explicación conforme al Artículo 42 de la Ley 52 de 1977.

Afirma que ni en el acta de inspección, ni en el requerimiento, ni en la liquidación de revisión, se dió explicación de la razón administrativa para considerar que tal cifra correspondía a ventas omitidas, y que no obstante desconocer el motivo, la sociedad demostró mediante el comprobante contable No. 151 de diciembre de 1982, y página 31 del libro mayor y balance, página 5 del recurso de reconsideración, que la suma adicionada solo correspondía a error del funcionario que practicó la visita.

Con relación a este punto el dictamen pericial a página 7 del cuaderno de pruebas dice:

> "Hemos revisado con detenimiento qué valores integran esta partida, para lo cual elaboramos el cuadro que se adjunta y en el mismo se muestran las partidas de Ventas Gravadas y de Ingresos por Servicios Gravados con sus respectivos créditos, débitos, devoluciones y la parte que grava la financiación en cada bimestre, llegando a la conclusión que en agosto se tributó sobre $13.116 de más y en diciembre sobre $13.116 de menos, compensando estas dos diferencias en el mismo semestre.
>
> "Se complementa lo expuesto en el punto anterior con el cuadro que se anexa, en el cual se aprecia claramente las partidas contabilizadas por la Compañía como Ingresos del año por$27.674.033, más $1.235.514, que es el movimiento débito del mes de diciembre que quedó incorporado al movimiento de cierre anual, creando dificultad de interpretación a los funcionarios que practicaron la visita, quienes determinaron erradamente que era un mayor valor de los ingresos por el 6o. bimestre de 1982.

"Como se detalla en el siguiente cuadro:

"CUADRO COMPARATIVO DE LAS CIFRAS NUMERICAS TOMADAS POR LOS REVISORES DE LA ADMON. DE IMPUESTOS Y LOS AUDITORES DESIGNADOS POR EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:

	S/n. Admón.	S/n. Compañía	Diferencia
Saldo a Nov./82	24.989.443.62	24.989.443.62	
Movimiento Dic./82	3.920.103.38	2.684.589.38	1.235.514.00
Saldo a Dic./82	28.909.547.00	27.674.033.00	1.235.514.00

"La partida de $129.346 corresponde a la financiación de ventas a crédito debidamente contabilizada en el comprobante de Diario Nro. 90 de diciembre / 82 y declarada en el 6o. bimestre de este mismo año.

"Por lo anterior concluimos que la suma de $1.377.976 que se adiciona como mayor valor de ventas en el 6o. bimestre, se debe **a error de interpretación** de los movimientos contables por los funcionarios que practicaron la visita" (Subraya la Sala)

Es decir que efectivamente a juicio de la Sala, la suma de $1.377.976 cuestionada por la Administración, corresponde al débito de la cuenta ingresos por servicios gravados en diciembre de 1982 por $1.235.514 y el saldo de $129.346 a la doble contabilización que por error asumió la Administración y que admitió en la resolución # 000041 de octubre 4 de 1988, al fallar el recurso gubernativo, y que no corresponde a ingresos omitidos.

Por lo anterior la sentencia de primera instancia, deberá revocarse para admitir el cargo contra la adición por supuestas ventas omitidas en el mes de diciembre de 1982.

Por lo tanto la nueva liquidación que se practica quedará así:

CONCEPTO	BASE	IMPUESTO
Ventas del 6% determinadas por el a-quo	$42.117.196	
Menos adición que aquí se reconoce	1.235.514	
Total ventas gravadas 6%	$40.881.682	$2.452.901
Ventas gravadas 15%	2.140.460	321.069
SUBTOTAL		$2.773.970

Menos descuento por renuncia a adicionar 1%	27.360
IMPUESTO A CARGO	$2.774.610

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

1. Revócanse los numerales 2, 3 y 4 de la sentencia apelada.

2. En su lugar fíjase en la suma de DOS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS ($2.774.610) el valor total del impuesto sobre las ventas que por el II semestre de 1982, corresponde pagar a la SOCIEDAD ANDINA DE LOS GRANDES ALMACENES S.A. (antes SEARS ROEBUCK DE COLOMBIA) NIT. 860005229-9, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3. Reconócese al doctor LUIS ALBERTO SANDOVAL como apoderado de la demanda, a términos del poder que obra a folio 197 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

CERTIFICADO CONTABLE - Naturaleza/**PRUEBA CONTABLE**

Se considera bien delegada la aducida eficacia de la atestación y firma del revisor fiscal de la demandante porque no precisados los libros, asientos, cuentas y soportes contables afectados por las determinadas transacciones, con indicación de las correspondientes denominaciones, números y fechas se impide verificar (con miras a formar prueba contraria a deducir responsabilidad del certificado) la corrección del "respectivo acto" o de los "saldos" y "cifras" certificados en el entendimiento de que, en ningún caso, la certificación se prueba irrefutable sino que apenas "hace presumir" la exactitud del acto, saldo o cifra, en forma que éstos no requieren comprobación si los supuestos de hecho de que deriva la presunción aparecen demostrados, uno de los cuales es el de que el contador público haya analizado la contabilidad con diligencia y cuidado.

MEDIOS PROBATORIOS/ LIBERTAD DE PRUEBA.

El derecho de probar facultad eminentemente procesal de las partes, que normalmente se ejerce mediante la presentación o petición del correspondiente medio, si bien no compromete "per se" el convencimiento del juzgador, impone a éste la carga de decretar y practicar la prueba, o motivar claramente su inadmisibilidad con arreglo a los expresos señalamientos de la Ley, pues otro modo, es clara la pretermisión de la instancia procesal con menoscabo del debido proceso y del derecho de defensa: así mismo el principio de la libertad de la prueba que es regla positiva del Artículo 175 del Código de P.C. se opone a la institución o exigencia de la prueba única, cuyo acopio pretendieron los actos administrativos impugnados y como el parágrafo cuestionado era una disposición "transitoria" eso no impediría la demostración del hecho averiguado en instancia posteriores.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta
Santa Fe de Bogotá, Noviembre trece de mil novecientos noventa y dos.

Magistrada Ponente : *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Ref: 4212. Apelación sentencia de Abril de 1992 Tribunal de Cundinamarca, Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de industria y comercio y avisos por el año gravable de 1986 y vigencia de 1987, actor: Productos familia S.A FALLO.

Se decide el recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpone la sociedad PRODUCTOS FAMILIA S.A. , la actora, contra la sentencia de primer grado, de 23 Abril de 1.992, denegatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento fiscal promovido respecto de actos de determinación y discusión del impuesto de industria y comercio, avisos, " parágrafo adicional" y sanción del período impositivo de 1986, a saber, liquidación oficial # 1356 de 24 de febrero de 1989 y las resoluciones # 585 y # 296 de 23 de junio y 21 de Diciembre de mismo año, expedidas, las dos primeras, por la Dirección Distrital de Impuestos, y la Ultima, en apelación por la Junta Distrital de Hacienda.

ANTECEDENTES

Por el primero de los citados actos, previo requerimiento, se adicionaron las bases declaradas del impuesto (anual y mensual) , reliquidándose éste el complementario de avisos y el " Parágrafo anual" y fijándose " diferencias a favor de la Tesorería Distrital: , por los conceptos anotados y sanción por inexactitud, en cifra acumulada de $ 67.300.822, en razón de la " disminución de la base gravable en cuantía de $ 4.314.154.446 como ingresos obtenidos fuera de Bogotá, no soportados idóneamente como lo dispone el Art. 20, parágrafo 1, de acdo. 21 de 1983, sanción de inexactitud acorde con el Art.53 del Acdo. 21 de 1983..."

Dicho acto fue rectificado en la vía gubernativas, con base en la prueba documental anexa a la contestación del requerimiento y escrito de los recursos, reduciéndose las aludidas diferencias a la cantidad total de $ 16.474.501.

LA DEMANDA: Estima quebrantados, por las razones que se resumen, los siguientes preceptos:

1) Los Artículos 9 de la Ley 145 de 1960 y 73 del acuerdo distrital 21 de 1983, en cuanto se desconoció el valor legal del certificado del revisor fiscal de la sociedad acompañado con la respuesta al requerimiento y la interposición de los recursos gubernativos.

2) Los Artículos 2,3.28,34,35 y 59 del Decreto 01 de 1984 y 3 y 5 de la Ley 58 de 1982, por falta de motivación de la resolución liquidatoria.

3) Los Artículos 32 de la Ley de 14 de 1983 y 1 del acuerdo 21 de 1983, por haber ignorado la Administración distrital el ámbito de su competencia territorial, al incluir en la base gravable ingresos provenientes de ventas realizadas en municipios diferentes de Bogotá.

4) Los Artículos 16 del acuerdo 21 de 1983 y 195 y 204-5 del Decreto 1333 de 1986, en conexión con el cargo anterior, pues la base gravable del tributo se habría integrado no solo por ingresos comerciales e industriales obtenidos por ventas en otras ciudades, sino por ítems expresamente excluidos.

5) El Artículo 43, parágrafo , del acuerdo 21 de 1983, porque, " el estimativo hecho por la administración, según la resolución acusada, no lo fue con base en los cruces que adelante con la Dirección de Impuestos Nacionales o los promedios declarados por dos o más contribuyentes que ejerzan la misma actividad en similares condiciones".....".

6) El Artículo 60, numeral 4 , ib. , ya que, " la Administración, al dictar el acto acusado, arrazó (sic) con el legítimo derecho de defensa del particular , conducta que en forma maliciosa y reiterada ha mantenido , todo ello por cuanto negó al mantener silencio y fallar sin practicar y de consiguiente sin apreciar la prueba consistente en una inspección ocular sobre los papeles, libros, contabilidad, etc., del contribuyente prueba pedida como secuencia del requerimiento y reiterada su petición de práctica en las oportunidades que los recursos administrativos otorgan ....", fuera de haber desestimado el mérito probatorio del certificado de revisor fiscal.

7) Los Artículo 61 y 64, literales b/, ib. , referentes a la eventualidad de un término probatorio previo a la resolución de los recursos gubernativos, por haberse guardado silencio sobre la práctica de la inspección ocular dicha, infringiéndose, el debido proceso.

LA SENTENCIA APELADA

Tiene por no probada la excepción de inepta demanda formulada por la parte de la demandada, en consideración a que el hecho exceptivo, al no haberse acompañado a la demanda el texto de las normas del acuerdo 21 de 1983,, había quedado saneado en virtud del auto de 30 de marzo de 1990, previo a la admisión de la demanda, que dispuso el acopio del mencionado acuerdo, habiéndose allegado éste .

En lo de fondo, rechaza la totalidad de los cargos de violación esgrimidos. Se resume:

1. Ni la declaración de renta del período, suscrita por revisor fiscal, o la certificación de éste, anexas a la contestación del requerimiento, hacían prueba suficiente sobre "el monto total de los ingresos brutos durante el año gravable de 1986", que exigía demostrar el requerimiento, en términos del Artículo 73 del acuerdo 21 de 1983, por no referirse al punto, ni indicar los libros y asientos de donde se había tomado la información, las cuentas afectadas y los soportes contables, defectos igualmente advertidos en el nuevo certificado del revisor acompañado a la sustentación del recurso de apelación, a más de no precisar dónde se obtuvieron los ingresos y mencionar, en su mayor parte partidas del municipio de Medellín que, en la vía gubernativa, se reconocieron por $2.281.609.335 con base en otras pruebas.

2. En la "explicación sumaria" de la liquidación oficial, se mencionan el requerimiento y el acta de requerimiento y se expresan estas razones: (se transcriben), evidenciándose que el acto fue motivado según lo dispuesto por el Artículo 47, numeral 11 del acuerdo local, y se comunicó al interesado, quien actuó durante todo el proceso administrativo y obtuvo decisión sobre sus peticiones, así fuera desvaforable. Si la Administración no se pronunció en relación con la inspección ocular solicitada, ello implicaba la negación de la misma, sin lugar a que se vulnerara el derecho de defensa, pues la solicitud y Decreto de pruebas son potestativas, respectivamente, del interesado y de la Administración. Además, el acta de requerimiento es solo un acto de trámite, cuya irregularidad no afecta el debido proceso, ni constituye falsa motivación.

3. El parágrafo 1o. del Artículo 20 del acuerdo 21 de 1983, se halla vigente y no ha sido anulado o suspendido, debiendo remitirse la Sala a las pruebas que obran en el proceso.

La Administración, en la resolución de la reposición, aceptó excluir de la base gravable los ingresos obtenidos en Medellín ($2.281.609.335), Barranquilla ($296.900.434), Bucaramanga ($151.328.147) y Dosquebradas ($42.730.480), y la que desató la apelación, adicionalmente, reconoció deducciones por exportaciones ($213.567.803 y $20.498.000) y lo concerniente al parágrafo anual ($1.076.772), habiendo mantenido el rechazo de devoluciones en ventas ($56.789.270), no "comprobados a través de los registros y soportes contables del contribuyente, según el Artículo 16 de (del acuerdo en cita modificado por los acuerdos 3/84 y 2/87, literal 1.", y los ingresos por venta de activos fijos ($84.501.193), por no indicarse la clase y procedencia de los mismos, ni probarse "con los registros asientos contables (sic) (...) las demás cifras solicitadas como deducción, son gravables, según Artículo 15 del referido acuerdo...".

Ante la jurisdicción, la demandante no mejora la prueba, debiendo concluirse que la actuación administrativa se corrigió conforme a las pruebas aportadas y que la apelación del parágrafo del Artículo 20 de acuerdo 21 de 1983 fue correcta, por tratarse de prueba especifica que permitía excluir de la base gravable los ingresos obtenidos fuera del territorio distrital, en consonancia con el Artículo 1, ib.

Respecto de la pretensión para que se devuelva lo pagado por "parágrafo anual" la demanda no señala normas violadas ni expresa conceptos de violación, por lo que la misma no puede prosperar.

EL RECURSO DE APELACION

Insiste en la eficacia probatoria de los certificados del revisor fiscal aportados al proceso gubernativo, en cuanto habrían acreditado el total de los ingresos brutos ($5.390.884.892) y el total de las ventas efectuados en Bogotá ($1.076.771.639), y cuya desestimación, en la sentencia, resultaría violatoria de los Artículos 9 de la Ley 145 de 1960 y 73 del acuerdo 21 de 1983, en consonancia con el Artículo 1º del decreto 1776 de 1979, porque ninguna de tales disposiciones exigía indicar, "los asientos de los cuales se tomó la información", entendiéndose que las certificaciones comprendían., "necesariamente (...) un número tal de asientos igual a la sumatoria de todos y cada uno de los relativos a las ventas para Bogotá", o sea las partidas gravables tomadas de la contabilidad.

Niega que el "escueto enunciado", visible en la liquidación oficial constituyera motivación suficiente del acto, dado que su brevedad habría sacrificado el derecho de defensa de la contribuyente, según lo definió en las sentencias "del Despacho", del 1 de Noviembre de 1991, proceso 2982, y 5 de Junio de 1992, proceso 3666.

Resalta el hecho de haberse pedido reiteradamente, en todo el proceso administrativo. "una visita de funcionarios de la Dirección Distrital de Impuestos, por sí mismos, o mediante comisión al Departamento de Impuestos Municipales de Medellín, para que de acuerdo al cuestionario de visita previamente elaborado, en las dependencias de la Compañía Productos Familia, S.A. situados (sic) en la Carrera 50 (autopista Sur) No. 8-Sur-117 de Medellín -Colombia-, se examinen los libros de contabilidad con sus respectivos comprobantes internos y externos, de conformidad con lo prescrito en el Artículo 66 del Código de Comercio, en el supuesto de continuar siendo desconocidas las pruebas aducidas en oportunidad y que están suscritas por el Revisor Fiscal de la Compañía y/o para que, en los términos de la Ley 9a. /83, art. 98, tales certificaciones sean objeto de eventuales comprobaciones por parte de la Administración..." (escrito de 28 de Marzo de 1989, que se reproduce en términos análogos en el memorial de 11 de Julio del mismo año, según la apelante).

Añade, que sobre la prueba no se pronunció la Administración y que pedida la misma visita al *a-quo*, éste, al abrir a prueba el juicio, la difirió, sin que finalmente llegara a decretarla, limitándose a decir en el fallo que la facultad para el efecto era potestativa, coartándose el derecho de defensa.

Las demás argumentaciones del recurso, se apoyan en hechos como el de que la vía gubernativa no hubiera mediado un auto de pruebas susceptible de impugnación; o el de que el no Decreto de la prueba, no fuera propiamente una denegación de éste, según se afirma en la sentencia, sino la omisión absoluta del pronunciamiento que

debía proferirse, conducta que eventualmente se tipificaría como un prevaricato por omisión, no existiendo causa alguna para abstenerse de decretar la prueba; del mismo modo, se reproducen argumentos esenciales de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La demandante replantea el hecho de que, no obstante las motivaciones aducidas en "largos escritos al respecto", ni la Administración, ni el Tribunal de instancia hubieran atendido aquéllos, "con la prontitud, diligencia y además y fundamentalmente la eficacia demandadas en cada oportunidad...:, éste último, esencialmente, por haber desconocido la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, que tendría su síntesis en la sentencia de 30 de Abril de 1992, dictada en el proceso # 3746, con ponencia del Señor Consejero Guillermo Chahín Lizcano, que anuló el parágrafo 1 del Artículo 20 del acuerdo 21 de 1983, invocado por la Administración Distrital, y por ignorar las garantías del debido proceso, en particular, en lo concerniente a la desestimación del certificado del revisor fiscal como plena prueba y a la circunstancia de que hubiera aplazado la práctica de la inspección judicial solicitada, para un momento que jamás llegó, aspectos sobre el que se perfila la parte restante del alegato, luego de "un breve resumen de los hechos" y de transcribir diversos apartes de la citada sentencia.

La demandada, a su turno asevera que la actuación censurada se produjo con arreglo, íntegramente, a los requisitos establecidos en las "disposiciones legales", en especial, el acuerdo 21 de 1983, como habría admitido en el fallo recurrido, habiendo la Administración Distrital exigido probar el monto de los ingresos brutos del período, que el certificado del revisor fiscal no mencionó, y explicado en forma sumaria, en la liquidación oficial, las razones de las modificaciones de la liquidación privada, sin que, de otro, hubiera excedido la órbita territorial de su competencia.

El Consejo Distrital no habría sometido al impuesto los ingresos de otros municipios, sino que habría establecido, "una prueba especifica para efectos de decidir sobre la posibilidad de un descuento cuando se efectuara una investigación, ya que si la prueba existe, en los términos preestablecidos por las normas jurídicas, dicho descuento será procedente..".

Finalmente, la Señora Procuradora Sexta Delegada ante esta Corporación, razona, en primer lugar, que si la sentencia anulatoria del parágrafo 1o. del Artículo 20 del acuerdo 21 de 1983 se había proferido el 30 de abril de 1992 y la apelada, el 23 de dichos mes y año, mal podría haber acatado ésta la aludida decisión.

En segundo lugar, que el *a-quo* no desconoció, propiamente, el aducido certificado del revisor fiscal, sino que, dentro del sistema de la libre apreciación y valoración de la prueba, nozgó, de acuerdo con la crítica que debía hacer de ésta, suficiente demostrativo el certificado, del hecho que la Administración había exigido compro-

bar, por lo que a quien objetara tal valoración, incumbía establecer, "que el juez al apreciar la prueba incurrió en errores evidentes, contrariando claras disposiciones relativas a la ritualidad que debe observar en su recepción o restándole eficacia a la misma...".

Por último, respecto de la inspección que se abstuvo de decretar el a-quo, "que el juez debe intervenir decididamente en la búsqueda de la verdad real, lo cual lo autoriza a decretar pruebas de oficio, y con mayor razón cuando, como en el caso que se estudia, valoró como ineficaces las documentales arrimadas al proceso ....."

Sobre el particular, transcribe apartes de la setencia de la Corte Suprema de justicia, de 22 de Enero de Enero de 1974.

En conclusión, pide decretar la inspección judicial en materia contable, que permita tener certeza , sobre el lugar en donde se obtuvieron los ingresos que son objeto de contienda....".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los cargos fundados en la aducida eficacia de la atestación y firma del revisor demandante y ausencia de motivos de la liquidación oficial, fueron bien denegados:

El primero, porque, no preciados los libros, asientos, cuentas y soportes contables afectados por las determinadas transacciones, con indicación de las correspondientes denominaciones, números y fechas, se impide verificar (con miras a formar prueba contraria o a deducir responsabilidad del certificante, entre otros fines) la correción del "respectivo acto" o de los "saldos" y "cifras" certificados, en el entendimiento de que, en ningún caso, la certificación es prueba irrefutable, sino que apenas " hace presumir " la exactitud del acto, saldo o cifra, en forma que éstos no requieren comprobación si los supuestos de hecho de que deriva la presunción aparecen demostrados, uno de los cuales, como es obvio, es el que el contador público haya analizado la contabilidad con la diligencia y cuidado que le impone su responsabilidad profesional y que cabe tener por cumplido según la adecuada discriminación de sus elementos de juicio, tal como lo ha sostenido reiteradamente la sala.

El segundo (ausencia de motivación de la liquidación oficial), porque la "explicación sumaria" suministrada en el cuerpo de la liquidación, era suficientemente explícita en el sentido de que las modificaciones de la liquidación, privada obedecía a la disminución no justificada ("como lo dispone el Art. 20, parágrafo 1 del Acdo. 21 de 1983") de la base gravable y la incursión en inexactitud sancionable ("acorde con el Art. 53 del Acdo. 21 de 1983"), como así lo entendió claramente la contribuyente a tiempo de la interposición de sus recursos.

No se puede decir lo mismo, en cambio, respecto del cargo por infracciones al debido proceso y al derecho de defensa, y en particular, a los Artículos 60, numeral 4, y 61, literales b), del acuerdo 21 de 1983.

Ante todo, cabe advertir que habiéndose anulado el parágrafo 1o. del Artículo 20 del acuerdo 21 de1983 por sentencia de la Sala de 30 de Abril de 1992, hecho que, por lo demás, invoca la parte demandante en su alegato de conclusión, cualquier derecho de la Administración Distrital reclamado con base en dicha norma jurídica, se debe entender extinguido desde la notificación de tal decisión, para lo que concierne dirimir en la presente sentencia, conforme al Artículo 305, inciso final, del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, la circunstancia de haber rehusado la Administración (y posteriormente, el *a quo*), el pronunciamiento que merecía la reiterada solicitud de una inspección de la contabilidad, sin causa aparente, en contra de los principios de necesidad, eficacia, interés público y libertad de la prueba , no se podía entender fundada en las disposiciones del citado parágrafo 1o., aún habiéndose negado expresamente la inspección con apoyo en éste ("en el momento de ser objeto de alguna investigación, los contribuyentes deben comprobar con copia auténtica que declararon y pagaron el impuesto de industria y comercio y avisos en los municipios en donde aseveran haber realizado las actividades gravables").

En efecto, en primer lugar, el derecho de probar, facultad eminéntemente procesal de las partes, que normalmente se ejerce mediante la presentación o petición del correspondiente medio, si bien no compromete "per se" el convencimiento del juzgador, impone a éste la carga de decretar y practicar la prueba, o de motivar claramente su inadmisibilidad con arreglo a los expresos señalamientos de la Ley, pues de otro modo, es clara la pretermisión de la instancia procesal, con menoscabo del debido proceso y del derecho de defensa, en los términos de los Artículos 34 del Código Contencioso Administrativo y 140-6 del Código de Procedimiento Civil; en segundo lugar 175 ib., se opone a la institución o exigencia de la prueba única, cuyo acopio pretendieron los actos administrativos impugnados; en tercer lugar, bien analizado el parágrafo en cuestión, a la postre se trataba de una especie de disposición "transitoria", para "el momento de ser objeto de alguna investigación", que no impediría la demostración del hecho averiguado, en instancias posteriores, por medios de pruebas idóneos diferentes de los ahí indicados.

Mientras rigió el parágrafo de que se trata, tampoco le era lícito a la Administración abstenerse a decretar una prueba que habría puesto fin a la discusión de fondo suscitada, ni menos eludir un procedimiento sobre la procedencia de la misma, conducta igualmente censurable en el fallo recurrido.

En conclusión, el recurso de la actora está llamado a prosperar. La cuestión relativa a las sumas pagadas por el concepto de "parágrafo anual", no amerita ningún pronunciamiento, por las razones expuestas en el fallo recurrido.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contenciosos, administrativo justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

Revócase parcialmente la sentencia apelada.

En su lugar, anularse la liquidación oficial # 1356 de 24 de Febrero de 1989 y las resoluciones #585 y #296 de 23 de Junio y 21 de Diciembre del mismo año, proferidas por la Dirección de Impuestos Distritales y la Junta Distrital de Hacienda, objeto de la demanda.

Como consecuencia, es firme la liquidación privada presentada por la Sociedad PRODUCTOS FAMILIA, S.A. , NIT: 890.900.161, por el ejercicio gravable de 1986, con vigencia desde 1o. de Enero de 1987. Cualquier cantidad dineraria pagada en exceso de esta liquidación, será devuelta por la Administración Distrital, junto con los intereses que haya lugar a liquidar.

Cópiese, públíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn, Ausente.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

INSPECCION CONTABLE/PRINCIPIO DE CONTRADICCION.

Practicada una inspección contable los hechos en ella consignados pueden ser controvertidos por el contribuyente, y para el efecto se le comunica al acta de visita con el fin de que éste desvirtúe las glosas formuladas, para que con la oportunidad del requerimiento y también con el recurso presente las pruebas necesarias, cuestione la actuación del funcionario administrativo, su apreciación de los hechos y cifras contables; presente los documentos echados de menos, e incluso para que pida nuevo experticio sobre los mismos libros para que expertos en la materia analicen los mismos hechos y valoren; no de otra manera podría ejercer su derecho de defensa, ni tendría razón de ser el requerimiento y los recursos.

INVENTARIO DE MERCANCIAS-Ajuste/**COMPROBANTE EXTERNO.**

Como el dictamen pericial señala que la compañía registró en el folio respectivo del libro diario el comprobante de contabilidad en el cual acreditó la cuenta de inventarios por faltantes según inventario topográfico debidamente valorado y confrontado con el valor que viene en libros, el que solo se efectúa con base en notas internas de contabilidad soportadas por dichos inventarios físicos, levantados y firmados por los responsables, sin que se requiera de comprobante externo, es decir que realmente los ajustes de orden interno a la cuenta de inventarios por la diferencia en libros y el inventario físico no requiere de comprobante externo, toda vez que no obedece a una operación con terceros y por lo tanto la ausencia de documento o soporte diferente al comprobante de diario de orden interno, no constituye activo legal para el rechazo.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre trece de mil novecientos noventa y dos.

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Ref: Expediente No. 4219. Actor: CONCRETOS DIAMANTE S.A. (hoy CEMENTOS DIAMANTE S.A.) NIT.60.002.163 Apelación de la sentencia del 5 de mayo de 1.992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1.983. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por el apoderado judicial de la actora, como por el apoderado judicial de la Nación contra la sentencia de 5 de mayo de 1.992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aceptó parcialmente las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad CONCRETOS DIAMANTE S.A. (hoy CEMENTOS DIAMANTE S.A.) NIT 60.002.163, contra el acto administrativo de determinación del impuesto de renta y complementarios, que por el año gravable de 1.983, le practicó la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES

La sociedad presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta por el ejercicio fiscal de 1.983 el 10 de julio de 1,984, la que quedó radicada con el #01785-33 DIN y que adiciona posteriormente en la cual denunció ingresos por $745.974.830, costos por $647.503.960 y deducciones por $98.694.163, pérdida fiscal por $8.375.279 y una renta presuntiva sobre ingresos de $11.278.198 y se liquidó previamente un impuesto por $3.819.748.

Mediante el requerimiento especial #069 del 23 de septiembre de 1.985, la Administración de Impuestos Nacionales, propuso a la sociedad contribuyente la modificación de su liquidación privada, como consecuencia del rechazo del incremento a costos de producción, por ajuste a la cuenta de inventarios por $27.051.027 con cargo cuenta aprovechamiento almacén; costos de producción con cargo a cuenta de gastos fabricación, con abono inventarios por $11.730.505; fletes pagados por $45.604.190 y la imposición de las sanciones por inexactitud y libros de contabilidad, en razón de que practicada la inspección contable ordenada por auto #00269 del 13 de mayo de 1.985, se encontró que la empresa determinaba sus costos por el sistema de inventarios permanentes, pero presentó, en lugar de tarjetas de registro de inventarios, un listado que solo contiene los meses de octubre a diciembre, que no reunía las exigencias establecidas en los Artículos 29 y 30 del Decreto 187 de 1.975, ya que carecía de registro del número de unidades retiradas para consumo y de la identificación del comprobante por medio del cual se efectuó la contabilización.

Los registros del listado de octubre parten sin saldo inicial cuando la cuenta de inventarios del mayor a 30 de septiembre tenía saldo de $55.593.212.86, y los registros por compras a inventarios fueron de $24.539.819.17, valores que han debido

quedar como saldo final en la medida que no existe registro de salida de inventario y por lo tanto al consignar como saldo, el monto de $51.590.845.91, se genera una diferencia por $27.051.026.74, sin justificación.

En el mes de noviembre, mediante comprobante de agosto #051199 efectuaron un cargo a la cuenta inventarios por $21.908.033.90, con abono a la cuenta "aprovechamiento almacén" sin soportar alguno que justifique su registro; luego mediante comprobante 05-5197 abonan la cuenta inventarios con cargo a la de "aprovechamiento almacén" para cancelar los saldos de octubre, por lo que puede establecerse que la cuenta inventarios no presentó variación al ser cargada y abonada en valores similares, pero que con el comprobante 1199 (noviembre) ajustan, mediante abono la misma cuenta con cargo a gastos de producción, cancelando la diferencia de los $27.051.026.74, que existe entre los saldos de la cuenta inventarios del libro mayor, y el libro de inventarios, sin soporte alguno que lo justifique.

Así mismo se incrementó la cuenta gastos de fabricación en $11.730.505.93 con abono a inventarios, sin que exista documento o soporte de la operación, y los costos por $45.604.190 por concepto de fletes pagados a la sociedad Cementos Diamante, cuando las facturas solo ascienden a $4.436.960, y porque verificado el cruce con la beneficiaria no encontró que declarara tal ingreso.

Lo anterior se incluyó en la liquidación de revisión #000942 del 15 de agosto de 1.986, en la que se determinó un mayor valor por impuesto de renta de $28.106.246 y sancionó por libros e inexactitud $2.488.210.

Dentro de la oportunidad establecida por la Ley la sociedad interpuso el recurso de reconsideración que fue fallado mediante la Resolución 662 del 22 de septiembre de 1.986, con modificación del acto recurrido para aceptar únicamente el valor de $982.593, por concepto de servicios pagados y al encontrar la debida correspondencia entre los registros y los comprobantes externos se levantó la sanción por inexactitud.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la contribuyente acusó al acto administrativo de violar los Artículos 9 de la Ley 145 de 1.960, 15, 16, 17, 44 y 45 del Decreto 2053 de 1.974; 31 y 32 de la Ley 52 de 1.977; 17 del Decreto 3803 de 1.982; 98 de la Ley 9a. de 1.983; 174 y 184 de Código de Procedimiento Civil; y 26 de la Constitución Nacional.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administración de Cundinamarca, accedió parcialmente las súplicas de la demanda y aceptó:

1) Los costos por $27.051.027, al considerar que el experticio contable practicado en la primera instancia permitía concluir que la mencionada suma correspondía al traslado del sistema manual al computarizado del saldo a 30 de septiembre de la cuenta varios almacén-materiales suministros y no a una compra, como creyó el funcionario de la Administración, al analizar la cuenta del mayor, frente a una de las subcuentas omitiendo el análisis del saldo de las subcuentas restantes.

2) Costos por $11.730.505, en razón de que el dictamen pericial da cuenta de la existencia del comprobante interno 05-1299, mediante el cual se acreditó la cuenta de inventarios con cargo a costos de producción debidamente detallados y porque el ajuste que se realizó con base en el levantamiento topográfico de los inventarios, debidamente valorados y confrontados contra el valor en libros y su resultado igual al ajuste, que se realiza mediante notas internas de contabilidad, que están soportadas por los inventarios físicos debidamente levantados y firmados por los responsables y no puede existir como soporte, documento externo.

3) Del rechazo de fletes pagados a Cementos Diamante S.A, por $44.893.190 aceptó solo la suma de $3.696.960, correspondiente al saldo de las facturas que por dicho concepto constató la propia Administración por $4.436.960 de los cuales solo reconoció $741.00. No reconoció el total pedido, por la falta de soporte contables de orden externo.

4) Sanción por libros. Consideró que los motivos expuestos por la Administración de Impuestos para imponer la sanción por libros de contabilidad no existía, porque los libros de contabilidad si reflejaban el estado de la actividad de la empresa. En consecuencia levantó la sanción.

LA APELACION

De la actora

No comparte la sentencia apelada, en cuanto no acepta la totalidad de los fletes pagados porque sí presentó con oportunidad del requerimiento especial las facturas expedidas por Cementos Diamante S.A., por tal concepto por valor de $45.755.490 y un certificado del revisor fiscal de la contribuyente, con el cual, con base en la contabilidad y en sus soportes, se probó la contabilización, causación y pagos de dichos fletes, todo lo cual se probó igualmente con el dictamen pericial, especialmente en la respuesta a la pregunta 4.23 en donde expresa los peritos:

"La compañía no presentó todas las facturas correspondientes por gastos de fletes en cuantía de $45.755.490, que relacionamos en anexo #9".

Afirma que además, dichos documentos no son el único medio para probar debidamente el valor de la deducción, puesto que la realidad del pago de los fletes causados en favor de Cementos Diamante S.A., fue probada con el mismo experticio a través del análisis de la cuenta "Cuenta por Pagar-Compañías"; por el registro del ingreso en la contabilidad de la beneficiaría del pago y de su denuncio como ingreso en la declaración tributaria de 1.983 por $45.755.490; por el mismo certificado del revisor fiscal de esta compañía y el análisis sobre los ingresos de caja de Cementos Diamante S.A.

Reclama el derecho al reconocimiento de la deducción por fletes causados a favor de Cementos Diamante S.A., porque no era necesario dado el sistema de causación llevado por la sociedad exigir prueba del pago.

Pide en consecuencia se confirme la sentencia en cuanto a la aceptación de costos y gastos por $27.051.027 y $11.730.505 y la improcedencia de la sanción por libros de contabilidad. Pide se acepte la deducción por fletes y en consecuencia en este punto se revoque la sentencia del Tribunal y se declare la nulidad de los actos administrativos demandados para acceder a todas las súplicas de la demanda.

De la demandada

Cuestiona la sentencia, por aceptar como costo la disminución de inventarios por $27.051.027. porque dentro de la investigación adelantada por la Administración, se dejó claro que la sociedad no presentó las tarjetas mediante las cuales manejaba sus inventarios, ni listado por los meses anteriores de manera que permitiera al funcionario precisar el efecto del cambio del sistema manual al computarizado y por ello se invocaron los Artículos 29 y 30 del Decreto 187 de 1.975, conforme con los cuales del manejo de las tarjetas, se desprende el tratamiento contable como fiscal que se le de a las existencias, compras, ventas, costos, etc.

Considera que si el contribuyente incurre en omisiones dentro de la etapa gubernativa, permitirle que las subsane en etapa posterior o con ocasión de la impugnación ante el contencioso, implica hacer nugatoria la actividad fiscal de la Administración.

Que así mismo ocurre al reconocerle el gasto por $11.730.505, rechazado por la Administración por ajuste a la cuenta de inventarios, por cuanto en la etapa investigativa, la sociedad no presentó las tarjetas de inventarios, no solo para dar cumplimiento a los Artículos antes anotados, sino para efectuar el cambio del sistema.

Alegatos de Conclusión

La demanda reitera los planteamientos anteriores y transcribe el Artículo 15 del Decreto 3803 de 1.982, para deducir de su contenido que por no haber demostrado el

contribuyente los hechos constitutivos de fuerza mayor, no era visible la aceptación de la prueba para demostrar los costos y el ajuste de inventarios, pues controvertida la contabilidad por la Administración, el peritazgo practicado sobre ella carece de eficacia probatoria. Para reafirmar sus fundamentos sobre el particular invoca la sentencia del 13 de marzo de 1.992. Expediente 3538. Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate.

Pide se revoque la sentencia, para confirmar la actuación administrativa por estar ajustada a la Ley.

EL MINISTERIO PUBLICO

El procurador Tercero Delegado ante la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe ser confirmada en cuanto a la no imposición de la sanción por libros, y el reconocimiento parcial de los costos por fletes en razón de que el representante judicial de la Nación no objetó las consideraciones que expuso el a-quo para efecto; pero que en cuanto a la aceptación de costos y gastos de otras vigencias debe se modificada para denegar las súplicas de la demanda, porque los rechazos por parte de la Administración tuvieron como fundamento el hecho de que la contabilidad carecía de los soportes contables requeridos a los fletes porque realizado el cruce de información con Cementos Diamante, se encontró que solo denunció como ingresos por este concepto la suma de $741.000, y que existía contradicción, entre la declaración tributaria de Cementos Diamante y el certificado expedido por su revisor fiscal. Que no presentados en la oportunidad debida los soportes a la comisión visitadora, de acuerdo con las previsiones del Artículo 15 del Decreto 3803 de 1.982, tan irregularidad no puede subsanarse posteriormente.

En el mismo sentido se refiere el rechazo del ajuste a la cuenta de inventarios por $11.730.505, por cuanto en la etapa investigativa la sociedad no presentó las correspondientes tarjetas de inventario o las cuales debió relacionar los rubros exigidos en los Artículos 29 y 30 del Decreto 187 de 1.975, si que pueda admitirse como justificación su no presentación porque los funcionarios no se los exigieron.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala que el cuestionamiento esencial que hace la entidad demandada a la sentencia de primera instancia es el hecho de haber aceptado como prueba para la aceptación de costos y ajuste a la cuenta de inventarios, el experticio contable practicado en la primera instancia, pues a su juicio la prueba contable, no podía ya ser recibida en razón de que no fueron exhibidos los soportes contables y las tarjetas de inventario con oportunidad de la investigación administrativa de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 15 del Decreto 3803 de 1.982.

Observa la Sala que contrariamente a lo expuesto por la apoderada judicial de la Nación, practicada una inspección contable, los hechos en ella consignados pueden ser controvertidos por el contribuyente, y para el efecto se le comunica el acta de visita con el fin de que éste desvirtúe las glosas formuladas, para que con la oportunidad del requerimiento y también con el recurso, presente la pruebas necesarias, cuestione la actuación del funcionario administrativo, su apreciación de los hechos y cifras contables; presente los documentos echados de menos, e incluso para que pida nuevo experticio sobre los mismos libros para que expertos en la materia analicen los mismos hechos y valoren; no de otra manera podría ejercer su derecho de defensa, ni tendría razón de ser el requerimiento y los recursos.

Por otra parte, pedida la prueba por la actora con oportunidad de la demanda, la entidad demandada al contestarla no se opuso a ella, ni pidió reposición del auto que le Decretó en la primera instancia.

En cuanto a la oportunidad probatoria, en sentencia de marzo 13 de 1.992, citada por la apelante (Expediente 3538 Actor Atlantic Minerals and Products Corporation) Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate, al tratar deducciones sin soporte, la Sala precisó:

> "Adhiere la Sala el reconocimiento que de estos gastos efectuó el a-quo y propone la señora fiscal, pues si bien es cierto que el momento de efectuarse la visita contable, éstos no obstante estar registrados en los libros, carecían del correspondiente respaldo, no lo es menos que con posterioridad en la respuesta al requerimiento especial primero y posteriormente en el dictamen pericial rendido por los expertos contables en primera instancia, quedó suficientemente claro la existencia de los soportes de orden interno y externo que apoyan su contabilización, tales como: licencias de importación, manifiesto de aduanas, facturas, fletes, seguros marítimos y otros (pág. 20 dictamen pericial).

Precisado lo anterior y en cuanto a los rechazos formulados por la Administración la Sala considera:

1. Rechazo de costos por ajuste cuenta inventarios por $27.051.027.

Está consignado en el acta de inspección contable practicada por la Administración, que la sociedad enterada del objeto de la visita puso a disposición de la comisión visitadora las escrituras de constitución y reforma, los libros diario, mayor y balances, inventarios y balances y las declaraciones de renta de los años 1.982 y 1.983, así como los libros auxiliares, comprobantes y demás documentos que integran la contabilidad (folios 00150, 151 y 154) pero, que a pesar de llevar como sistema de determinación de sus costos el de inventarios permanentes, en lugar de presentar las tarjetas de registro de inventarios, presentó un listado que tiene solo los registros de los meses de octubre, noviembre y diciembre que no cumple las exigencias de los Artículos 29 y 30 del Decreto 187 de 1.975, sin que existieran tarjetas ni listados por los meses anteriores, y aunque el saldo de inventarios a 30 de septiembre

de 1.983, en el libro mayor, era de $55.593.212.86 y en los meses anotados anteriormente se registran entradas a inventarios por $24.539.819.17, partidas cuya suma sería el valor final del inventario, en cuanto no aparecen registradas salidas, no coincide con el valor contabilizado como inventario final que fue de apenas $51.590.845.91 con una diferencia de $27.051.026.74 que fue abonada a la cuenta gastos de producción con ajuste a inventarios sin comprobante ni razón, incrementando así indebidamente los costos de producción.

En los descargos la contribuyente dice que el valor de $24.539.819.17 que aparece en el listado denominado "resumen de movimiento global de inventarios" de octubre 31 de 1.983, no corresponde a una compra sino al traslado pericial del saldo de inventarios a 31 de octubre de 1.983, que estaba registrado en la cuenta 125002002 del antiguo sistema de Kárdex.

Con relación a esta transferencia el dictamen pericial explica que a octubre 31 de 1.983 la cuenta mayor de inventarios-Código 125.000.000 era de $51.590.845.91, cifra de la cual formaba parte el saldo de la subcuenta "Almacén varios" Código 125.002.001 por $25.666.868.90 de la cual se transfirieron $24.539.889.17 al nuevo sistema computarizado.

Es decir, que de acuerdo con el dictamen el valor de $24.539.819.17, que consideró como compra de mercancías la Administración de Impuesto, el no encontrar registro de salidas, corresponde realmente al traslado de la subcuenta 125.002.001 "Almacén varios" por $25.666.868.40 menos $1.126.969.23 que no se transfirió, por corresponder a inventarios obsoletos, que fueron cancelados en noviembre de 1.983. Así mismo señala dicho dictamen los Códigos y nombre de la subcuenta que a octubre 31 de 1.983, conformaban el saldo de $51.590.845.91 de la cuenta mayor.

De acuerdo con el dictamen, la presunta disminución de las unidades del inventario por el ajuste a costo de producción que afirmó la Administración, no existe y en consecuencia la sentencia de primera instancia que así lo admite merece confirmación.

2. Ajuste inventarios a costo de producción $11.730.505.92

El motivo de este rechazo conforme lo indica el acta de inspección contable, fué la ausencia de documento o soporte, que justificara el cargo a la cuenta gastos de fabricación.

Con relación a este punto el dictamen pericial señala como en el mes de diciembre de 1.983, la compañía registró en el folio 312 del libro diario el comprobante #05-1299 (folios 156 y 157 cuaderno principal), en el cual acreditó la cuenta de inventarios por faltantes según inventario topográfico debidamente valorado y confrontado con el valor que viene en libros, el que solo se efectúa con base en notas internas de contabilidad soportadas por dichos inventarios físicos, levantados y firmados por los responsables, sin que se requiera de comprobante externo.

Realmente los ajustes de orden interno a la cuenta de inventarios por la diferencia en libros y el inventario físico no requiere de comprobante externo, toda vez que no obedece a una operación con terceros y por lo tanto la ausencia de documentos o soporte diferente al comprobante de diario de orden interno, no constituye motivo legal para el rechazo.

Como este fue el único fundamento de la Administración para el desconocimiento del costo, demostrada su no procedencia, preciso es, confirmar en este punto, la sentencia del a-quo que así lo declara.

Rechazo de fletes pagados a Cementos Diamante

Con relación a este punto el acta de inspección señala:

"La empresa lleva al costo el valor de $45.604.190, por concepto de fletes a la sociedad Cementos Diamante S.A., pago éste que carece de soporte casi en su totalidad pues solo aparecen facturas por valor de $4.436.960 y la diferencia solo tiene como soporte la nota de contabilidad.

Efectuado el cruce con la declaración de renta de la sociedad Cementos Diamante S.A. NIT 60.002.523 por el año gravable de 1.983, no se encontró que en la relación de ingresos por concepto de fletes relacionara haber recibido algún valor de Concretos Diamante, se anexa fotocopia anexos 8 a 15".

Por su parte el dictamen pericial asevera que efectivamente los fletes se registraron en la cuenta 125.000.9 "Cementos en Tránsito", que la contribuyente causó en 1.983 por valor de $45.755.490 los cuales fueron facturados por Cementos Diamante. Para el efecto relacionan los fletes pagados o abonados en cuenta, anexa fotocopias de las notas de contabilidad e indica como se maneja la cuenta entre las compañías asociadas y da fe, de haber tenido a la vista las mencionadas facturas que relaciona a folios 201 y 202 del cuaderno principal, anexo 8 del dictamen.

Luego agrega:

"4.22. La compañía Concretos Diamante al recibir las facturas por fletes de Cementos Diamante, automáticamente, por intermedio de notas de contabilidad constituía el pasivo de cuentas por pagar a Cementos Diamante, abonando la cuenta 21-5009-3010 Cuentas por Pagar - Compañías Asociadas - Cementos Diamante. Esta cuenta fue manejada como cuenta corriente y además los cargos por "pagos" a esta cuenta están soportadas por sus respectivos comprobantes.

"4.23. La compañía nos presentó todas las facturas correspondiente por gastos de fletes en cuantía de $45.755.490.oo que relacionamos en el anexo número 9.

"4.24. En los libros **submayores** de contabilidad de Cementos Diamante se verificó la causación de dichos ingresos por fletes en la cuenta 5600000040 denominada ingresos recuperación fletes Tolima.

"4.25. Para su comprobación nos presentaron **los ingresos de caja** de la compañía Cementos Diamante donde verificamos que efectivamente y dado su sistema de causación de las operaciones la compañía Concretos Diamante realizó **el pago de sus cuentas por pagar.** Así mismo se comprobó la disminución de la cuenta por cobrar en la contabilidad de Cementos Diamante.

"4.26. La declaración de renta de Concretos Diamante por el año gravable de 1.983, al confrontar el valor de los fletes de $45.755.490.oo contra el valor relacionado en el anexo fiscal GL 940 página 14 por $45.604.190.oo presenta una diferencia de $151.300.oo Anexo número 10.

"4.27. Para el efecto nos presentaron la declaración de renta de la Compañía Cementos Diamante registrada bajo el número 009706 de mayo 15 de 1.984 - 567 DIN Bogotá y establecimos lo siguiente:

"Renglón 156 - Ingresos Brutos por Prestación de Servicios $683.378.698.oo.

"Visto el Balance y su Estado de Pérdidas y Ganancias, verificamos su cuenta de Ingresos causado al cierre del ejercicio de año gravable de 1.983 y establecemos un valor de $683.378.698.oo igual al valor relacionado en la Declaración de Renta. Dentro de la descomposición de estos ingresos encontramos la subcuenta 560000040 - Ingresos Recuperación fletes cuyo valor ascendió a $372.577.444.oo. Practicamos una prueba selectiva a sus registros por fletes prestados a la Compañía Concretos Diamante.

"Por lo anterior dentro de los registros analizados, concluimos que efectivamente Cementos Diamante incluyó dentro de su Declaración de Renta dichos ingresos por fletes recibidos por Concretos Diamante". (Subraya la Sala)

Considera la Sala que la valoración que del dictamen hizo el a-quo es acertado, porque de una parte la sociedad alegó que se trataba de fletes causados, y por lo tanto deducibles dado el sistema contable utilizado por la sociedad y así lo reitera el apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia, cuando afirma:

"Es claro a todas luces que tanto la Administración como el Tribunal están exigiendo a la sociedad contribuyente, la prueba de un hecho que legalmente no le corresponde acreditar, teniendo en cuenta que su contabilidad se lleva por el sistema de causación, y en tal virtud el rechazo carece de todo asidero jurídico".

Mientras que en la demanda, especialmente al cuestionar la no aceptación de la pruebas en la vía gubernativa, aduce que Cementos Diamante recibió los fletes causa-

dos a su favor, en su acápite de pruebas solicitadas, en el cuestionario a los peritos bajo el numeral 4.22 (página 64 de la demanda folio 64 del cuaderno principal), pide a éstos que certifiquen: "Si existen los comprobantes de pago mediante los cuales se canceló a Cementos Diamante el servicio de fletes facturados"; es decir que existe contradicción en la posición de la actora sobre la realidad del gasto por fletes, rechazado por la Administración.

El punto en cuestión no lo aclara el dictamen, porque el experticio no comprendió la contabilidad de "Cementos Diamante" tal como se infiere de la misma diligencia de inspección judicial (folio 143 cuaderno principal), en donde solo se exhiben los libros de "Concretos Diamante". Por otra parte, el propio dictamen en los apartes transcritos, no asevera haber tenido a disposición todos los libros de contabilidad de Cementos Diamante y solo se refiere a los libros submayores sin anotar su registro mercantil a los ingresos de caja, anotando que además comprobó la "disminución de la cuenta por cobrar" en la contabilidad de Cementos Diamante, y por último afirma que visto el balance y el estado de pérdidas y ganancias, al verificar la cuenta ingresos, se encontró un valor de $683.738.698 igual al relacionado en la declaración de renta, de la cual hace parte la subcuenta 5600000-40 "Ingresos Recuperación Fletes" cuyo monto ascendió a $372.577.444, y que la prueba que practicaron a los registros fue selectiva para concluir que efectivamente Cementos Diamantes si incluyó dentro de su declaración de renta los fletes recibidos por Concretos Diamante, pero no indica su valor, no señala los comprobantes de orden interno y externo, ni da certeza sobre la realidad de la operación, y por el contrario aumenta la contradicción sobre fletes pagados y causados planteada por la actora.

En consecuencia, la sentencia de primera instancia que admite el costo por fletes por valor parcial de $4.436.960, únicos soportados con comprobantes externos, para reconocer la diferencia de $3.695,.960 que desestimó la Administración, debe confirmarse.

4.-Sanción por libros

Con relación a este punto, considera la Sala, acertado el concepto del Ministerio Público, pues efectivamente el apoderado judicial de la demanda no cuestionó los argumentos que para levantarla expuso el a-quo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

1) CONFIRMASE la sentencia del 5 de mayo de 1.992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio #6632.

2) RECONOCESE al doctor Carlos Alberto Castillo Murillo como apoderado de la entidad demandada a términos del poder que obra a folio 343 del cuaderno principal.

Actor: CONCRETOS DIAMANTE S.A. (hoy CEMENTOS DIAMANTE S.A.)

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sección, *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Carmelo Martínez Conn*, *Ausente*.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario

ACTO DE TRAMITE/DEVOLUCION/SALDO A FAVOR/VIA GUBERNATIVA- Agotamiento.

Examinada la parte dispositiva del auto impugnado se evidencia que la negativa de la solicitud de devolucón de sobrantes no fue en forma definitiva sino que ordeno su devolucion para que se presentara de nuevo y en debida forma; la solicitud de haberse dictado auto que negara definitivamente la nombrada solicitud devolución, la Administración hubiera tenido que conceder el recurso de reconsideración. Visto esto resulta claro que la actora no culminó la actuación administrativa reseñada, circunstancia que implicó el no agotamiento de la via gubernamental, requisito previo e indispensable para poder ocurrir en demanda ante esta jurisdicción por lo demás el auto inadmisorio impugnado no es un acto que ponga fin al procedimiento administrativo establecido para las solicitudes de devolución, sino un acto de mero trámite no susceptible de recurso alguno en la via gubernativa y por lo tanto no demandable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C. trece de Noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr: Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref: Expediente No. 4293. Actor: Conservas de Colombia Ltda. Apelación de la Sentencia de 29 de mayo de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fallo.

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Nación-Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia de 29 de mayo de 1992 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó la devolución de sobrantes del Impuesto sobre las ventas del tercer bimestre de 1988 solicitados por la sociedad CONSERVAS DE COLOMBIA LTDA. Nit. 860.047.793-5 por un valor de $3.517,000.00.

ANTECEDENTES:

La División de Documentación de la Administración de Impuestos Nacionales de Personas Jurídicas de Bogotá, por medio del oficio 302 de marzo 9 de 1990 informó la no existencia de los antecedentes que dieron origen al auto 000024 de enero 6 de 1989 mediante el cual la División de Devoluciones de la Mencionada Administración inadmitió la solicitud de devolución No. 580-88 del 24 de noviembre de 1988 presentada por la demanda en cuantía de $3.517,000.00 (fls.31 a 33).

Teniendo en cuenta que la parte interesante tampoco aportó copia de los documentos que se requerían para la devolución (formato oficial de devolución, copia de la declaración de ventas correspondientes al período de devolución, certificación del revisor fiscal o contador público en la cual consta que se ha efectuado el ajuste de la cuenta "IMPUESTOS A LAS VENTAS POR PAGAR" a cero, la identificación de la posición arancelaria de los bienes exentos, cuando se trate de productos de bienes etc.), la controversia habrá de circunscribirse a los elementos de juicios que obran en el expediente, en este caso lo dispuesto en el auto no. 000024 de 6 de enero de 1989 que simplemente en el Artículo primero inadmitió la solicitud de devolución porque la peticionaria no efectuó la proporcionalidad de los descuentos tanto de las operaciones excluidas del impuesto como de las exentas; y tampoco la certificación contable en que se informa que se está cumpliendo el requisito de llevar cuentas separadas de las operaciones exentas en relación con las que no causan el impuesto (parágrafo 1o. art. 3o. Decreto 570/84 concordante con el Art. 30 Decreto 1813/84); y en el Artículo 2o. de dicho proveído que dispuso devolver la solicitud para que fuera presentada nuevamente, una vez subsanados los errores del caso. Obviamente en el trámite de las devoluciones, como lo preceptúa el Artículo 15 del Decreto 1813, contra este tipo de auto inadmisorio no procede recurso alguno.

Pese a que el mencionado auto inadmisorio es de mero trámite, por que en el fondo no decide el derecho a la devolución del sobrante del impuesto de las ventas si no que dispone aplazar el diligenciamiento respectivo de la solicitud rechazada por los yerros y la falta de los requisitos señalados hasta tanto sean subsanados estos últimos (Artículo 2o. del auto 000024), La Sección Segunda del Tribunal al darle categoría de acto administrativo demandable, sin serlo, admitió la demanda y luego del trámite pertinente en la primera instancia profirió sentencia de mérito ordenando la devolución del sobrante $3.517.000.00 cuya solicitud había sido rechazada por incumplimiento de los requisitos del parágrafo 1o. del Artículo 3o. del Decreto 570 de 1984 en concordancia con el Artículo 30 del Decreto 1813 de 1984 como se dijo antes. (fls. 57 a 65).

RECURSO DE APELACION:

La apoderada de la Nación - Unidad Administrativa Especial de la Dirección de impuestos Nacionales impugna básicamente el fallo del a-quo, porque el acto inadmisorio No.000024 de 6 de enero de 1989 no rechaza en forma definitiva la

solicitud de devolución pues de acuerdo con el artículo 91 del Decreto 2503 de 1987, norma aplicable en la época en que se formuló la solicitud de devolución del sobrante de impoventas, se debía devolver la documentación al interesado para que subsanara las anomalías primeramente indicadas y luego sí en una segunda oportunidad, si no se corrigen los errores o se cumplen los requisitos previstos en la Ley, procedía *la negatividad definitiva* de la solicitud de devolución, siendo pertinente en este caso el recurso de reconsideración parágrafo 3o. Artículo 91 *ibídem*).

Destaca en su memorial de sustentación que el auto impugnado en la vía jurisdiccional, no es un acto administrativo que pone fin a un procedimiento administrativo y menos aún. modifica en forma definitiva la situación jurídica particular del administrado, porque el interesado puede presentar nuevamente la solicitud, una vez subsanados los errores del caso. Así mismo relieva que en esta actuación faltan los requisitos necesarios para que proceda la acción contenciosa como son: 1o. *que el acto ponga fin* o término a un proceso administrativo (aquí no aparece el acto que niegue definitivamente la solicitud de devolución); y 2o. que previamente se *haya agotado la vía gubernativa* (Artículo 135 del Código Contencioso Administrativo).

En consecuencia, solicita sea revocada la sentencia apelada y en su lugar se declare inhibido para conocer de las pretensiones de la actora por cuanto no existe agotamiento de la vía gubernativa como presupuesto fundamental de la acción, ni pronunciamiento definitivo de la Administración Tributaria en cuanto a la solicitud de devolución del sobrante del impuesto sobre las ventas del tercer bimestre de 1988. (fls. 67/73).

TRASLADOS A LAS PARTES

La Nación -Unidad Administrativo Especial de la Dirección de Impuestos Nacionales por medio de apoderado, en primer termino coadyuva el recurso de apelación interpuesto, formulando algunos reparos al fallo del Tribunal como el de que en la demanda no pidió que se reconociera y se ordenara la devolución de sobrantes; y que al hacerlo la sentencia en cuestión produjo un fallo extrapetita contrario a los principios de esta jurisdicción (justicia rogada).

En segundo lugar, que teniendo en cuenta la naturaleza del acto demandado (mero acto de trámite), no podría intentarse la interpretación según la cual la nulidad general el restablecimiento del derecho, pues este criterio solo es válido cuando se trata de actos administrativos de carácter definitivo que contienen pronunciamientos que imponen obligaciones al contribuyente y cuyo cumplimiento contribuyente sus derechos al punto que sólo la jurisdicción contenciosa puede restablecerlos.

Concluye entonces que en este caso (auto 000024 de enero 6 de 1989) existe un acto administrativo de trámite que, lejos de imponer obligaciones lesivas al contribuyente, se limita a inadmitir una solicitud devolviéndola para que sea presentada nuevamente, una vez subsanados los errores del caso. En resumen sostiene que no se puede restablecer un derecho que no ha sido violado, pues para ello sucede, en el

sub-examine es necesario que hubiera dictado un auto inadmisorio definitivo y además que la resolución que hubiera desatado el recurso de reconsideración (parágrafo 3o.Artículo 91 del Decreto 2503 de 1987) rechacese también en forma definitiva la solicitud de devolución. Por tanto solicita se revoque la sentencia apelada no accediendo a la devolución del sobrante de impuesto sobre las ventas solicitado. (fls.96/99).

Por su parte, el Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, doctor Jaime Ossa Arbeláez. También descorre el traslado refiriéndose, en primer lugar a los puntos de vista esgrimidos por el apelante en el sentido de que el auto 000024 de enero 6 de 1989 no es un acto administrativo que pone fin a un procedimiento administrativo y tampoco se cumple el requisito exigido en el Artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, es decir el agotar previamente la vía gubernativa para ocurrir ante esta jurisdicción contenciosa.

Acerca de estos dos puntos advierte que el hecho de que el Artículo 91 del Decreto 2503 de 1987 consagre la posibilidad de que, en caso de que se rechace una solicitud de devolución, el interesado pueda insistir en dicha solicitud o en presentarla nuevamente, no impide que aquél acuda directamente a esta jurisdicción en procura de obtener la nulidad del respectivo acto. En cuanto al segundo aspecto, o sea a la falta de agotamiento de la vía gubernativa precisa que si bien el parágrafo 3o. del Artículo 91 ibídem establece el recurso de reconsideración contra el acto que niega definitivamente la solicitud de devolución o compensación, este no presentó una nueva. Según el criterio del señor Delegado de la Procuraduría las objeciones del recurrente no pueden ser acogidas.

Y señala que tampoco pueden acogerse las argumentaciones que contiene el fallo del Tribunal porque los productos vendidos en el tercer bimestre de 1988 clasificados en tres grupos 1o.) Jaleas y mermeladas obtenidas por cocción 2o.) Legumbres y hortalizas, frescas, frutas preparadas en vinagre y 3o.) Jugo de frutas o legumbres y hortalizas sin fermentar pues, únicamente, los productos de este tercer grupo son EXENTOS debido a que son enlatados y sellados al vació como lo precisa el auto inadmisorio enjuiciado; más no lo son los correspondientes a los dos primeros grupos que se deben considerar como productos exclusivos de gravamen por no estar enlatados y al vacío al tenor del Decreto 3541 de 1983 que señala además las respectivas posiciones arancelarias. Según el auto inadmisorio en cuestión las posiciones arancelarias de los dos primeros grupos son la No. 20.05.89.01 y la No. 20.02.00 respectivamente. En Resumen, el Delegado de la Procuraduría considera que comparte las apreciaciones de la Administración Tributaria porque los hechos en que se fundamenta el auto 000024 de enero 6 de 1989 no fueron desvirtuados por la sociedad. por lo tanto, estima que se debe revocar la sentencia recurrida y en su lugar negar las pretensiones de la demanda. (fls.100/102.).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se plantea en el recurso de apelación que el auto inadmisorio 000024 de enero 6 de 1989 es un acto excluido de la acción de impugnación porque no pone fin a un procedimiento administrativo; y tampoco es demandable el mencionado proveído debido a que no siendo acto definitivo, sino de mero trámite que no modifica en forma definitiva la situación jurídica particular y concreta del administrado puesto que el interesado puede presentar nuevamente la solicitud, una vez subsane los errores o deficiencias del caso.

Pues bien, en la época en que se presentó la solicitud de devolución No. 580-88 de fecha 24 de noviembre de 1988 se encontraba vigente y era aplicable a este asunto el Decreto Extraordinario 2503 del 29 de diciembre de 1987, cuyo Artículo 91 impone la obligación de negar las solicitudes de devolución cuando la Administración Tributaria evidencie que alguno de los impuestos descontables denunciados por el solicitante no cumple los requisitos legales para su aceptación (numeral 4 Artículo 91 ibídem); asimismo esta norma en su parágrafo primero dispone que si la negativa obedece a las causales previstas en los numerales 3o. y 4o. (falta de requisitos legales para la aceptación de impuestos descontables como es el caso que se estudia) el contribuyente o responsable podrá presentarla de nuevo debidamente corregida o modificada. Si persiste los errores o no se cumplen los requisitos exigidos en la Ley, entonces si la Administración Tributaria por medio de su División de Devoluciones deberá negar en forma definitiva la solicitud de devolución o compensación, procediendo en este caso el recurso de reconsideración. (parágrafo 3o. ibídem).

Si se examina la parte dispositiva del auto impugnado en este proceso y lo que preceptúan los Artículos 15 del; Decreto 1813 de 1984 y 91 del Decreto 2503 de 1987, claramente se evidencia que la negativa de la solicitud de devolución *no fue en forma definitiva*, sino que se ordenó su devolución para que se presentara de nuevo y en debida forma, la solicitud pues., así lo establecen las normas antes citadas y ello consta también en el Artículo segundo del auto inadmisorio de la solicitud de devolución No, 000024 de enero 6 de 1989 que por lo demás señaló que contra este proveído no procede recurso alguno. De haberse dictado auto que negara definitivamente la nombrada solicitud de devolución, la Administración hubiera tenido que conceder el recurso de reconsideración al tenor de los dispuesto por el parágrafo 3o. del Artículo 91 del Decreto 2503 de 1987.

Visto lo anterior, para la Sala resulta claro que la actora no culminó la actuación administrativa reseñada anteriormente, circunstancia que amplio el agotamiento de la vía gubernativa, requisito previo e indispensable para poder ocurrir en demanda ante esta Jurisdicción. (Artículo 135 del Código contencioso Administrativo.

Por lo demás, como lo precisa el apelante el auto inadmisorio impugnado en la vía jurisdiccional no es un acto que ponga fin al procedimiento administrativo establecido para las solicitudes de devolución en el Artículo 15 del Decreto 1813 de 1984 y 91 del Decreto 2503 de 1987, sino un acto de mero trámite, no susceptible de

recurso alguno en la vía gubernativa y por lo tanto, no demandable ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

En consecuencia la sala, habrá de revocar el fallo de mérito proferido por el Tribunal mediante el cual ordenó la devolución del sobrante del impuesto sobre las ventas del tercer bimestre de 1988 a favor de la actora y en su lugar declarase inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo por falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Por lo expuesto precedentemente, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. Revócase la sentencia de 29 de mayo de 1992 proferida en el juicio 6.989, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ordenó devolución de sobrantes de impuestos sobre las ventas del tercer bimestre de 1988 a favor de la sociedad CONSERVAS DE COLOMBIA. Nit.8.60.047.793-5.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, declarase inhibido para conocer de fondo por falta de agotamiento de la vía gubernativa.

TERCERO. Reconócese como apoderado al doctor Juan Carlos Guerrero Cárdenas de acuerdo con poder visible a folio 88.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Se deja en constancia que la presente providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS /FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/SUSPENSION PROVISIONAL/ALCALDE-Funciones

El alcalde Municipal al expedir las normas demandas y establecer que en el impuesto a los juegos permitidos la base gravable se determina por " el valor en pesos asignado a cada unidad de juego permitido..." y fijar la tarifa en salarios mínimos, se aportó de las prescripciones generales determinadas por la norma superior a que debía someterse, esto es el artículo 7° de la Ley 12 de 1932 que prevé una tarifa del 10 aplicable sobre el valor de cada boleta o tiquete de apuesta. Teniendo en cuenta lo anterior, el alcalde al expedir las normas acusadas ejerció una atribución que no le era propia dentro del marco de las especificas asignadas al Jefe de la Administración municipal en el Artículo 132 del Decreto 1333 de 1986 y por lo tanto se hace evidente la violación de normas superiores y procede la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos demandados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ref: Radicación 4493. Apelación del auto de 16 de septiembre de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en juicio de nulidad contra los artículos160 y161 7 y 8 del Decreto 151 de 1988 expedido por el alcalde del Municipio de Duitama. Actor: Ricardo Augusto Ramírez Ospina. AUTO

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 16 de septiembre de 1.992, mediante el cual admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión Provisional de

los Artículos 160 y 161 numerales 7 y 8 del Decreto 151 de 1988 expedido por el alcalde del Municipio de Duitama.

ANTECEDENTES

El actor, en ejercicio de la acción de nulidad, demandó los Artículos 160 y 161 numerales 7 y 8 del Decreto 151 de 1988 expedido por el alcalde del Municipio de Duitama,mediante el cual " se creó un impuesto sobre las máquinas electrónicas ". (fl 56).

Solicitó también la suspensión provisional de los citados Artículos por considerar que violan de manera manifiesta los artículos 43 y 197-2 de la Constitución Política de 1886 y 338 y 314-4 de la actual Constitución Nacional por cuanto se crea un impuesto nuevo, diferente del impuesto a los juegos permitidos.

También, en concepto del actor, se presentó violación de los Artículos 20 de la Constitución Política de 1886 de la actual Constitución Política , en concordancia con el Artículo 62-18 del Decreto 1222 de 1986, porque el señor alcalde del municipio de Duitama al expedir las normas acusadas estableció en gravamen a los juegos permitidos , atribuyéndose facultades que la Ley no le había otorgado.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Boyacá negó la solicitud de suspensión provisional de las normas demandadas por considerar que no existía la manifiesta violación de la normas superior que exige el Artículo del Código Contencioso Administrativo y porque " no se solicitó la suspensión del acto que establece el tributo, sino dos Artículos que establecen solamente la base gravable y las tarifas de impuesto, creado por otra disposición". (fl 73).

EL RECURSO DE APELACION

El actor interpuso recurso de apelación contra el auto anterior y lo sustentó en lo siguiente:

La anterior Constitución, vigente en el momento de expedición de las normas acusadas, y la Nueva Constitución, determinan de manera exclusiva que la facultad en materia impositiva pertenece al legislador, permitiendo a los consejos Municipales ejercer tales funciones cuando medie autorización expresa del legislador y se señale las condiciones y limites de los respectivos impuestos.

Con la expedición del Decreto 151 de 1988 del alcalde del municipio de Duitama, surge la evidente violación de los Artículos 20 de la Constitución de 1886, 121 de la Nueva Constitución, en concordancia con el Artículo 62-18 del Decreto 1222 de 1986, porque el mencionado funcionario municipal ejerció funciones que no le correspondían y sin ninguna autorización legal.

El Decreto municipal demandado, donde se invoca la autorización del consejo Municipal de Duitama, contraría el principio contenido en el Artículo 171 de la Ley 4 de 1913, ya que está prohibido a los Consejos Municipales gravar objetos ya gravados por la Nación o por el departamento, salvo que medie autorización legal , ni gravar de nuevo los juegos permitidos por ya estar gravados a nivel nacional, menos aún podría al alcalde de Duitama para recrear tal impuesto.

El Artículo 160 del Decreto 151 y 1988, establece un nuevo impuesto, diferente por la Ley 12 de 1932, el cual no se cobra sobre boletas o tiquetes, ni sobre los premios, sino sobre unidad de juego permitido, a su vez,el Artículo 161 establece las tarifas, las cuales son sumas fijas determinadas en número de salarios mínimos diarios, y no en los porcentajes determinados en la Ley: conllevando todo lo anterior a la violación de los Artículos 20, 43 y 197-2 de la anterior Constitución y 121, 313-4 de la actual Constitución Política.

Al respeto cita las providencias del Consejo de Estado de 6 de abril de 1990 y 14 de junio de 1991, sección Cuarta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El impuesto a los juegos permitidos tuvo origen en la Ley 12 de 1932 como uno de los mecanismo para obtener recursos con destino al servicio de los bonos del empréstito patriótico que mediante tal Ley se crearon, y se estableció en un 10% " sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase, y por cada boleta o tiquete de apuesta en toda clase de juegos permitidos,.."

Posteriormente, la Ley 69 de 1946 en su Artículo 12 restableció tal impuesto, el Decreto 1333 de 1986 en su artículo 227 lo declaró vigente y en su Artículo 228 estableció que sería de propiedad de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital).

El alcalde Municipal de Duitama al expedir las normas demandadas y establecer que en el impuesto a los juegos permitidos la base gravable se determina por " el valor de pesos asignado a cada unidad de juego permitido...", y fijar la tarifa en salarios mínimos, se apartó de las prescripciones generales determinadas por la norma superior a que debía someterse, esto es, el Artículo 7 de la Ley 12 de 1932 que prevee una tarifa del 10% aplicable sobre el valor de cada boleta o tiquete de apuesta.

Con respecto a la facultad impositiva de los municipios, la Sala en diferentes oportunidades ha precisado que el poder impositivo corresponde únicamente al Congreso de la República, por lo cual las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales no pueden crear tributos que no hayan sido previamente autorizados por la Ley su facultad impositiva es " derivada" y necesita autorización expresa para precisar los límites y condiciones de los impuestos respectivos.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, para la Sala es claro que el Alcalde del municipio de Duitama al expedir las normas acusadas ejerció una atribución que no le era propia dentro del marco de las específicas asignadas al jefe de la administración municipal en el Artículo 132 del Decreto 1333 de 1986 y desconoció el ordinal 2° del Artículo 197 de la Constitución Nacional vigente cuando se expidieron los actos acusados, en cuanto el Consejo Municipal no puede crear impuestos sino de acuerdo con la Ley y en consecuencia, no puede autorizar al Alcalde Municipal para ejercer facultades que no posee.

Por lo anterior, se hace evidente la violación manifiesta de normas superiores y procede la suspensión Provisional de los efectos jurídicos de los actos demandados.

Finalmente observa la sala que no le asiste razón al a-quo cuando argumenta que para la posterioridad de la solicitud de suspensión provisional es imperativo demandar la integridad de un acto administrativo, cuando la manifiesta violación de la norma superior puede surgir del texto completo del acto, de un Artículo o de una frase que contrarie el ordenamiento superior.

Así las cosas, al tribunal ha debido pronunciarse de fondo con respecto a la solicitud de Suspensión Provisional.

Por lo expuesto, al consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

RESUELVE

Revócase el numeral sexto de la parte resolutiva de l;a providencia de 16 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Decrétase la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los Artículos 160 y 161 numerales 7 y 8 del Decreto 151 de 1988 expedido por el alcalde del municipio de Duitama.

Confirmase en lo demás, la providencia apelada.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS /FACULTAD IMPOSITIVA MINICIPAL/ CONCEJO MUNICIPAL

Los consejos Municipales o Distritales son entes de carácter administrativo que no pueden crear impuestos, salvo que estén previamente autorizados por una Ley del congreso de la República que faculta; ya que tales corporaciones, en materia impositiva tienen una competencia derivada y restringida. La competencia del concejo de Cali para reglamentar lo relacionado con impuesto de casinos, en ausencia de una autorización legal expresa para determinar sus condiciones debía necesariamente remitirse a la forma como se gravan los juegos permitidos, respecto al cual el Artículo 7 de la Ley 12 de 1932 determinó que se cobraría un diez por ciento (10%) sobre el valor de cada boleta o tiquete de apuesta, luego al disponer el concejo un impuesto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales por cada mesa, se apartó de los lineamientos generales. CONFIRMA LA NULIDAD de los Artículos 1 y 2 del acuerdo 143 de 1987 de Concejo Municipal de Cali. CONFIRMA NULIDAD de los Artículos 1 y 2 del acuerdo 143 de 1987 del Concejo Municipal de Cali.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá , D.C.,noviembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ref: Radicación 4331. Apelación sentencia de 12 de junio de 1992 de l Tribunal Administrativo del Valle, en juicio de nulidad contra los Artículos 1 y 2 del acuerdo No 143 del concejo Municipal de Santiago de Cali.

Actor: Luis Mario Duque, FALLO.

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del municipio de Santiago de Cali, contra la sentencia de 12 de junio de 1992 del Tribunal Administrativo del Valle , mediante la cual se declaró la nulidad de los Artículos 1 y 2 del acuerdo No 143 de 10 de diciembre de 1987, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali.

ANTECEDENTES

Mediante el acuerdo No 143 del 10 de diciembre de 1987, el Consejo Municipal de Santiago de Cali, reguló la liquidación y cobro de algunos impuestos de carácter municipal.

Las normas demandadas disponen:

> "Artículo 1. Las salas de juego ubicadas en la jurisdicción del municipio de Cali que funcionen conforme a la Ley, pagarán mensualmente el impuesto que recae sobre los juegos permitidos, equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales por cada mesa de juego.
>
> "Artículo 2. De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 237 del Decreto Departamental 1212 de 1984, el impuesto Municipal de apertura de salas de juego será equivalente al valor de quinientos salarios mínimos mensuales vigentes" (fl.2).

LA DEMANDA

Las normas violadas y el concepto de la violación se sintetizan así:

Arts. 20, 143 y 76 de la anterior Constitución Política. Porque la competencia en materia impositiva que poseen los Concejos Municipales es limitada y sometida a la Ley expedida por el Congreso de la República.

Arts.7 de la Ley 12 de 1932 y 12 de la Ley 69 de 1964. Que regulan lo relacionado con los juegos permitidos, determinado el impuesto en un 10 % sobre el valor de cada boleta o tiquete de apuesta.

Arts. 171,172 y 227 del Decreto 1333 de 1986. Porque ninguno de los Artículos (del 171 al 257) se refieren al gravamen a los juegos en los casinos, ni de apertura de los salas de juego . permitidos es la Ley 12 de 1932.

El actor apoya sus planteamientos en varias providencias del Consejo de Estado.

LA OPOSICION

El Concejo Municipal de Santiago de Cali al expedir el acuerdo No 143 del 10 de diciembre de 1987 ejercitó su facultad reglamentaría, regulando la cuantía del Tributo y realizando una proyección de diez (10) salarios mínimos mensuales que aproximadamente equivalen a l diez por ciento (10%) del total de los ingresos que los dueños de las salas de juego reciben en esta clase de juegos permitidos, para ejecutar la tarifa a lo establecido en el Artículo 7 de la Ley 12 de 1932, debido a que en las salas de juegos permitidos, la boleta o tiquete de apuesta a cada mesa de juego de tales salas.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle acogió las súplicas de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Luego de transcribir la providencia de Sección Cuarta del consejo de Estado de 26 de agosto de 1991, expediente 3577, que confirmó la suspensión Provisional del Artículo 1° del acuerdo N° 143 de 10 de diciembre de 1987 del Concejo Municipal de Santiago de Cali, indicó que el artículo primero del acuerdo es violatorio del Artículo 7° de la Ley 12 de 1932, y que el Artículo 2° también es violatorio de las normas superiores porque " el objeto (las salas de juego) es doblemente gravado" (fl 83).

El RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la demanda interpuso oportunamente recurso da apelación contra la sentencia de primera instancia, y la sustento indicando que:

El Concejo Municipal de Santiago de Cali a través de la norma acusada no creó un nuevo impuesto por fuera de las autorizaciones legales, sino que estableció un mecanismo para aplicar la tarifa legal, por medio de un estimativo del impuesto que genera cada mesa de juego, en atención a la imposibilidad práctica de aplicar exegéticamente la Ley 12 de 1932.

Finalmente expresa que la actual Constitución Política facultad a los Concejos Municipales para reglamentar lo relacionado con la liquidación de los gravámenes municipales (art. 338 de la C.N. de 1991)

ALEGATOS DE CONCLUSION

El señor Procurador Tercero Delegado ante lo contencioso considera que la sentencia apelada merece ser confirmada.

Aunque las normas demandadas no crean un nuevo impuesto, sino que pretenden desarrollar lo preceptuado por el Artículo 7 de la Ley 12 de 1932, al indicar que

el impuesto que recae sobre los juegos permitidos será igual a 10 salarios mínimos por cada mesa de juego y el gravamen de apertura de las salas equivaldrá a 500 salarios mínimos mensuales, excedieron los límites fijados por la Ley 12 de 1932 en el Artículo 7.

No se conocen pronunciamientos de la parte demandante ni la demanda dentro de ésta oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El origen de los impuestos a los llamados juegos permitidos ha sido de análisis por parte de esta Sala en oportunidades anteriores. El impuesto a los " juegos permitidos" fue creado por la Ley 12 de 1932 como un mecanismo para obtener recursos con destino al servicio de los bonos del empréstito patriótico. La Ley 69 de 1946, en su Artículo 12, restableció tal impuesto, y posteriormente, el Decreto 1333 de 1986 en su Artículo 227 lo declaró vigente, y en su artículo 228 estableció que sería de propiedad de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá.

Los Concejos Municipales o Distritales son antes de carácter administrativo que no pueden crear impuestos, salvo que están previamente autorizados por una Ley del congreso de la República que faculte; ya que tales corporaciones, en materia impositiva tienen una competencia derivada y restringid, de conformidad con los artículos 197-2 de la Constitución Política anterior y 313-4 y 338 de la actual Constitución.

En el caso *sub-examine*, el elemento generador del impuesto está constituido por las salas de juego, entiéndase CASINOS, ubicados dentro de la jurisdicción del Municipio de Cali, hecho regulado en el Artículo 255 del Decreto 1333 de 1986 que establece:

> " Los casinos que establezcan conforme a la Ley podrán ser gravados por los municipios de su ubicación, en la misma forma que actualmente gravan los juegos permitidos."

La competencia del Concejo de Cali para reglamentar lo relacionado con el impuesto de Casinos, en ausencia de una autorización legal expresa para determinar condiciones, debía necesariamente remitirse a la forma como se gravan los juegos permitidos, por disponerlo así la norma que autorizó este impuesto.

Con respeto al impuesto a los juegos permitidos, el Artículo 7 de la Ley 12 de 1932 determinó que se cobraría un diez por ciento (10%) sobre el valor de cada boleta o tiquete de apuesta.

EL Concejo Municipal de Cali al establecer mediante el Artículo 1 del acuerdo No 143 de 1987 un impuesto sobre los juegos permitidos equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales por cada mesa, en las salas de juego, o sea los

casinos, localizados en su jurisdicción, se apartó de los lineamientos generales fijados por la norma superior a que debía someterse, esto es la Ley 12 de 1932, en su Artículo 7.

Por otra parte, en el Artículo 2 del acuerdo No 143 de 1987, el consejo Municipal de Cali al establecer el impuesto municipal de apertura de salas de juegos y determinar que sería equivalente a quinientos (500) salarios mínimos mensuales, creó un nuevo impuesto sin que existiera Ley que lo estableciera y autorizara su imposición y señalara sus condiciones y límites.

De acuerdo con lo anterior, la sala concluye que el Concejo Municipal de Cali. al expedir los actos acusados excedió su facultad impositiva, desconociendo las normas superiores a que debía someterse, siendo este motivo suficiente para acceder la anulación de los actos administrativos demandados.

El mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad de la Ley.

FALLA

Confírmase la sentencia apelada.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Lo anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

I.V.A. EN SERVICIOS/SERVICIO EXCLUIDO/SUSPENSION PROVISIONAL

Al comparar el Artículo 9o. del Decreto 1372 de 1.992 con la norma reglamentada que es el ordinal 8o. del Artículo 476 del Estatuto Tributario tal como quedó con la reforma o nuevo texto expedido por el Artículo 25 de la Ley 6a. de 1.992, hay una manifiesta contradicción puesto que mientras ésta exceptúa del Impuesto a las Ventas "los servicios de publicidad, de radio, prensa y televisión, incluida la televisión por cable y por servicio de exhibición cinematográfica" (ord. 8o.) en consideración a la clase de servicio, el reglamento la confiere únicamente para los que sean prestados por las agencias de publicidad y por los medios de radio, prensa y televisión. Se encuentra prima facie la contradicción del reglamento con la norma de jerarquía superior. DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de las siguientes expresiones contenidas en el primer inciso del Artículo 9o. del Decreto 1372 de 1.992 "perciban las agencias de publicidad" "perciban los medios de radio, prensa y televisión".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C.. noviembre diez y nueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente: DR. JAIME ABELLA ZARATE

REF: Expediente No. 4503. Actor: LIGIA SARMIENTO DE PEÑA C/ LA NACION. Autoridades Nacionales - AUTO -

La abogada LIGIA SARMIENTO DE PEÑA en ejercicio de la acción consagrada en el Art. 84 del C.C.A. demanda la suspensión provisional y posterior nulidad de algunos apartes del primer inciso del Artículo 9o. del Decreto Reglamentario 1372 de 1.992 (agosto 20).

Será admitida la demanda por considerar que reúne los requisitos formales aunque se entiende que el representante de la Nación (parte demandada) es el Ministro de Hacienda y no el Director de Impuestos como equivocadamente lo señala la actora.

Corresponde decidir sobre la suspensión provisional solicitada con invocación del Art. 152 del C.C.A., para lo cual se considera:

La acusación se limita a las frases o apartes que se transcriben con subrayas del primer inciso de la norma acusada:

> "Artículo 9o. Servicios de Publicidad.
>
> "Para los efectos del numeral 8o. del Artículo 476 del Estatuto Tributario, se encuentran excluidos del impuesto sobre las ventas, los ingresos que perciban las agencias de publicidad por la prestación de servicios de publicidad, así como los ingresos que por concepto de la venta o alquiler de espacio perciban los medios de radio, prensa y televisión...."

El fundamento radica en que al comparar este reglamento con la norma reglamentada que es el ordinal 8o. del Artículo 476 del Estatuto Tributario tal como quedó con la reforma o nuevo texto expedido por el Artículo 25 de la Ley 6a. de 1.992, hay una manifiesta contradicción puesto que mientras ésta exceptúa del Impuesto a las Ventas "los servicios de publicidad, de radio, prensa y televisión, incluida la televisión por cable y el servicio de exhibición cinematográfica" (ordinal 8o.) en consideración a la clase de servicio, el reglamento la confiere únicamente para los que sean prestados por las agencias de publicidad y por los medios de radio, prensa y televisión.

La Sala se encuentra prima facie la contradicción del reglamento con la norma de la jerarquía superior anotada por la demandante, motivo por el cual ordenara la suspensión pedida.

En atención a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

RESUELVE:

PRIMERO. ADMITASE la demanda de nulidad de algunos apartes de primer inciso del Artículo 9o. del Decreto Reglamentario 1372 de 1.992 (agosto 20), entablada con base en el Artículo 84 del C.C.A., por la ciudadana LIGIA SARMIENTO DE PEÑA, vecina de Bogotá, a quien se tendrá como parte demandante.

En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al Señor Procurador Delegado.

b) Notifíquese personalmente al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público o a su delegado para recibir notificaciones.

c) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas.

d) Solicítese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la expedición del Artículo 9o. del Decreto Reglamentario 1372 de agosto 20 de 1.992.

Término cinco (5) días.

SEGUNDO. DECRETASE la suspensión provisional de las siguientes expresiones contenidas en el primer inciso del Artículo 9o. del Decreto 1372 de agosto 20 de 1.992 (D.O. No. 40.550, pág. 5):

"perciban las agencias de publicidad"

"perciban los medios de radio, prensa y televisión".

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

DEVOLUCION-Requisitos/**SALDO A FAVOR/CERTIFICADO CONTABLE/ IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS.**

No cabe dudad que la sociedad cumplió con la formalidad exigida de aportar certificación del Revisor Fiscal sobre el ajuste a la cuenta impuesto a las ventas por pagar I.V.A.; situación diferente es, que el ajuste que acreditaba la certificación contable no se hubiera realmente verificado en la cuenta impuesto a las ventas por pagar, lo cual no podía interpretarse en el sentido que lo hizo la Administración de Impuestos de que se había incumplido con la formalidad exigida por el literal e) del Artículo 9o. del Decreto 1813 de 1.984, y mucho menos proceder como lo hizo en esa oportunidad, inadmitiendo la solicitud de devolución, ya que el ajuste en si ordenado por el parágrafo 2o. del Artículo 9o. en cita, no puede considerarse como un requisito de forma sino de fondo. (Primer bimestre de 1.985).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente: *Carmelo Martínez Conn.*

REF: EXPEDIENTE Nro. 3781. Actor: NORWICH COLOMBIANA S.A. IMPUESTOS. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Nación-Administración de Impuestos de Bogotá, contra la sentencia de fecha 20 de mayo de 1.991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad u restablecimiento del derecho a través de la cual la sociedad NORWICH COLOMBIANA S.A. impugnó la operación administrativa relacionada con la solicitud de devolución de sobrantes del impuesto a las ventas correspondientes al primer bimestre de 1.985.

ANTECEDENTES:

Por el período bimestral correspondiente a los meses de enero-febrero de 1.985, la sociedad Norwich Colombiana S.A., presentó declaración del impuesto a las ventas, el día 27 de marzo de 1.985, ante la Recaudación de Impuestos de Funza, fijando saldo a favor en la suma de $1.930.470, por ser productor de bienes exentos. (drogas).

Con fecha 29 de mayo de 1.985, la sociedad presentó solicitud de devolución del saldo a favor ante la Administración de Impuestos de Bogotá.

Mediante Resolución Nro. 00693 del 25 de junio de 1.985, y previa inspección contable ordenada por auto Nro. 169 del 29 de mayo de 1.985, la Administración resolvió de fondo negando en forma total la petición de devolución por cuanto los impuestos descontables del bimestre no fueron debidamente contabilizados y tampoco se efectuó el ajuste a cero de la cuenta impuesto a las ventas por pagar de que trata el parágrafo 2o. del Artículo 9o. del Decreto 1813 de 1.984.

Contra éste acto administrativo la sociedad interpuso el recurso de reposición sobre el cual rechazo la resolución Nro. 00053 del 11 de marzo de 1.987, en la cual se revoca la resolución recurrida y se inadmite la solicitud de devolución aduciendo que al haberse establecido el incumplimiento del ajuste de la cuenta I.V.A. de que trata el Artículo 9o. del Decreto 1813 de 1.984, la División de Auditoría debió proferir auto inadmisorio.

Así las cosas, la sociedad acudió a la jurisdicción Contenciosa Administrativa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en demanda que presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que alega violación de los Artículos 27, 28 y 32 del Decreto 3541 de 1.983 y 9, 10, 14, 15 y 20 del Decreto 1813 de 1.984 por aplicación indebida de las normas que regulan el trámite de las devoluciones y falta de definición de los motivos de inconformidad expuestos en el recurso gubernativo.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda al considerar que prosperaba el cargo sobre el trámite inadecuado de la solicitud de devolución por violación de los Artículos 31, 32 del Decreto 3541 de 1.983, porque se inadmitió después de transcurrido el término de diez días establecido para el efecto.

Y que además, mediante la prueba pericial solicitada y practicada se estableció la legal y oportuna contabilización de los impuestos descontables objeto de la devolución, todo lo cual llevó al *a-quo* a declarar la nulidad de la operación administrativo.

LA APELACION:

La representante de la Nación-Administración de Impuestos de Bogotá (grandes contribuyentes) impugna la decisión del Tribunal y pide que se revoque su decisión porque su representada actuó correctamente, ya que la sociedad incumplió con el ajuste a cero de que trata el Artículo 9o. (parágrafo 2o.) del Decreto 1813 de 1.984, y violó además el Artículo 30 del Decreto 3541 de 1.983, En cuanto a la oportunidad para solicitar los impuestos descontables de acuerdo con el acta de visita practicada por la Administración, cuyos hechos no fueron desvirtuados ni rechazados por la sociedad.

Explica, que la Administración al resolver el recurso de reposición que de conformidad con el Artículo 50 del Decreto 001 de 1.984, es para que se aclare, modifique o revoque "determinó que Inicialmente no se dio cumplimiento a lo exigido por el parágrafo 2o. del Artículo 9o. del Decreto 1813 de 1.984, por lo que corrigió el error y aclaró que ha debido dictarse auto inadmisorio de la solicitud de devolución de acuerdo con los Artículos 10, 11 y 15 del Decreto 1813 de 1.984 resolviéndose de fondo y no de forma como lo hace ver el litigante, ya que el funcionario puede revocar la providencia recurrida.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El representante de la Nación expresa en esta oportunidad procesal, que la Administración no incurrió en ninguna de las violaciones que le endilga el Tribunal, porque por el contrario verificó que la sociedad no dio cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 9o. parágrafo 2o. del Decreto 1813 de 1.984 respecto al ajuste a cero de la cuenta I.V.A., en donde no se contabilizaron parte de los impuestos descontables y que nada afecta la legalidad de ésta actuación administrativa al haberse revocado la resolución de rechazo de la solicitud y que en su lugar se hubiera decretado la inadmisión, porque el punto debatido no era subsanable ya que no se trataba de un requisito formal sino sustancial de fondo.

Por su parte, el apoderado de la actora reitera que las resoluciones de la Administración de Impuestos acusadas, son ilegales, porque en ellas se desconoce el procedimiento fijado en los Artículos 31, 32 del Decreto 3541 de 1.983 y 14, 15 del Decreto 1813 de 1.984, relacionado con el trámite de las devoluciones por cuanto el requisito del ajuste de la cuenta I.V.A. estaba formalmente acreditado con la solicitud de devolución, y si éste posteriormente era desvirtuado como ocurrió, ello debió tenerse en cuenta para el fallo de fondo, y no proceder a la inadmisión, con la decisión del recurso de reposición. Para sustentar sus argumentos trae a colocación la sentencia de fecha 26 de abril de 1.991, expedida por ésta Corporación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Observa la Sala, que el motivo que originó la controversia entre la Administración y la sociedad actora, obedece al hecho de que después de haberse resuelto de fondo la solicitud de devolución mediante la Resolución Nro. 000603 del 25 de junio de 1.985, que la negó totalmente, la Administración al resolver el recurso de reposición mediante la Resolución Nro.000053 del 11 de marzo de 1.987, decidió inadmitir la solicitud de devolución para que se subsanara el requisito formal del ajuste de la cuenta I.V.A. por haberse desvirtuado en la visita contable la certificación contable en tal sentido, revocando consecuencialmente la resolución que la había resuelto de fondo.

Las solicitudes de devolución de sobrantes en el impuesto sobre las ventas, están sujetas a una serie de requisitos, meramente formales, de cuyo cumplimiento depende solamente el que se admita y de curso a ella, o por el contrario, se inadmita, dentro del término previsto para que sean subsanados los requisitos omitidos.

Para la Sala es claro, que unos son los requisitos formales indispensables para que se admita y dé curso a la solicitud de devolución, y otros son los sustanciales, que hacen procedente el derecho a la misma.

En el caso que se debate, la solicitud de devolución estaba sujeta al cumplimiento de los requisitos formales contemplados en el Artículo 9o. del Decreto 1813 de 1.984, sobre los que la Administración estaba obligada a dictar auto inadmisorio dentro del término de diez 10 días siguientes a la radicación, en caso de incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos, conforme a lo ordenado por el Artículo 15 ibídem, que consagra:

"Cuando una solicitud de devolución o compensación no cumpla con los requisitos indicados en los Artículos 9o. 10 y 11 de este Decreto, se dictará auto inadmisorio dentro de los diez días siguientes a la radicación y se devolverá el expediente al interesado para que la presente en debida forma.

De acuerdo con la Resolución Nro.000603 del 25 de junio de 1.985 (que decidió de fondo la solicitud de devolución) es claro que la sociedad actora cumplió con la formalidad de aportar la documentación exigida por el Artículo 9o. del citado Decreto 1813 de 1.984, así lo admite la misma en el segundo punto de los considerandos cuando dice: Que el memorialista acude a este despacho en procura de su pretensión aportando los documentos exigidos por los Artículos 9o. de la Ley 145 de 1.960, 35 del Decreto 570 de 1.984, 2o. 5o. y 9o. del Decreto 1813 de 1.984, los cuales son: a)...b)...f) Memorial suscrito por José Arturo Ballesteros, quien actúa en calidad de Revisor Fiscal en donde hace constar que se está dando cumplimiento a las siguientes disposiciones: Artículo 9o. disposiciones e) Decreto 1813 de 1.984.

No cabe duda, que la sociedad cumplió con la formalidad exigida por el literal e) del Artículo 9o. del Decreto 1813 de 1.984, de aportar certificación del Revisor Fiscal, sobre el ajuste a la cuenta impuesto a las ventas por pagar I.V.A. (Subraya la Sala).

Situación diferente es, que el ajuste que acreditaba la certificación contable no se hubiera realmente verificado en la cuenta impuesto a las ventas por pagar según se estableció en la inspección contable , lo cual no podía interpretarse en el sentido que lo hizo la Administración de impuestos al decidir el recurso de reposición contra la resolución que conoció de fondo la solicitud, de que se había incumplido con la formalidad exigida por el literal e) del Artículo 9o. del Decreto 1813 de 1.984, y mucho menos proceder como lo hizo en esa oportunidad procesal inadmitiendo la solicitud de devolución, ya que el ajuste en sí ordenado por el parágrafo 2o. del Artículo 9o. en cita, no puede considerarse como un requisito de forma, sino de fondo, pues el aspecto formal, es como se anotó anteriormente, la aportación de la certificación contable, que sí acampanó la actora a la solicitud, junto con los demás requisitos de forma.

Erró así la Administración, ya que al confundir los requisitos de forma y de fondo atinentes a la solicitud de devolución, la inadmitió no solamente en un momento procesal inoportuno como acertadamente lo puntualizó el Tribunal, sino que además se incurrió en violación al derecho de defensa al no resolverse de fondo el recurso contra la resolución que había resuelto la solicitud presentada en debida forma, con lo cual incurrió en todas las violaciones legales que precisa la demanda instaurada por la sociedad, y que consagra el procedimiento a través del cual se desarrolla el derecho sustancial a las devoluciones de sobrantes en el impuesto sobre las ventas.

En consecuencia, no le asiste razón a los representantes de la Nación al respecto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de fecha 20 de mayo de 1.991, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

VIGENCIA DE LA LEY/DECLARACION DE RENTA/ TERMINO DE REVISION/SALDO A FAVOR

La Administración de Impuestos Nacionales aplicó a la contribuyente unas normas, contenidas en el Decreto 2503 de 1987, que no estaban vigentes para el periodo gravable de 1985, el discutido ni en el año de 1986 , fecha de presentación de la declaración de renta. Asimismo considera el suscrito consejero que la interpretación en que en los casos en que la declaración de renta establezcan saldos a favor del contribuyente, por este solo hecho la administración queda con un término para revisión oficiosa prácticamente indefinido puesto que los dos años sólo comenzaría a contarse con posterioridad a la fecha en que se reclame la devolución del saldo a favor y ésto se sabe puede ocurrir en cualquier tiempo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GILLERMO CHAHIN LIZCANO

Expediente No 3867

Actor: Almacen " Dimelco -Sociedad de Hecho".

Consejero Ponente: Dr Carmelo Martínez Conn.

El suscritor Consejero no puede acompañar a los colegas de Sección en la decisión adaptada, consiste en revocar la sentencia apelada para en su lugar denegar las súplicas de la demanda porque considera que dicha sentencia ha debido ser confirmada especialmente por cuanto es evidente que *la Administración de Impuestos Nacionales aplicó a la Contribuyente unas normas, contenidas en el Decreto 2503 de 1987, que no estaban vigentes ni para el período gravable de 1985, discutido ni en el año de 1986, fecha de presentación de la declaración de renta.*

Asimismo considera el suscrito el suscrito Consejero que interpretación en que se fundamenta la Sala para revocar la decisión del tribunal implica que en los casos en que en la declaración de renta se establezcan saldos a favor del contribuyente, por sólo hecho la administración queda con un término para la revisión oficiosa prácticamente indefinido puesto que los dos años sólo comenzarían a contarse con posterioridad a la fecha en que se reclame la devolución del saldo a favor y ésto, bien se sabe puede ocurrir en cualquier tiempo.

GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

DECLARACION DE RENTA/TERMINO DE REVISION/SALDO A FAVOR

El procedimiento aplicable a la declaración de la renta presentada por la actora por la vigencia fiscal de 1985, en lo que al término de revisión se refiere, es el consagrado en el Decreto 2503 de 1987, y no el consagrado por la Ley 9 de 1983; no obstante que vigencia de esta normatividad se presentó la declaración, el término de revisión al entrar en vigencia el Decreto 2503 de 1987, aun no había empezado a correr por cuanto al determinar saldo a favor en la liquidación privada, el mismo solo debía empezar a correr a devolución, hecho que ocurrió en este caso el 18 de mayo de 1988, es decir en vigencia del Decreto 2503 de 1987, lo que de suyo demuestra la improcedencia del cargo de violación del Artículo 75 de la Ley 9 de 1983.

LIQUIDACION PRIVADA -Firmeza /**DEVOLUCION/ SALDO A FAVOR/ TERMINO DE REVISION**

A la luz de los Artículos 45 y 53 del Decreto 2503 de 1987, el requerimiento especial y la firmeza de la liquidación privada con respecto a esta actuación administrativa, se produce teniendo en cuenta no la fecha de presentación de la solicitud de devolución, independiente de que la misma se oportuna o extemporánea, según el término establecido para efecto por el Artículo 88 ibídem, para presentar la solicitud de devolución, ya que no es el proceso de revisión y otro muy diferente al procedimiento concerniente al a devolución.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1.992)

Consejero Ponente: DOCTOR: CARMELO MARTINEZ CONN

REF: EXPEDIENTE No 3867. Actor: ALMACEN DIMELCO-SOCIEDAD DE HECHO. NIT 90.210.282. IMPUESTO (RENTA-1985)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, contra la sentencia de fecha agosto 13 de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander acogió las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y hecho "ALMACEN DIMELCO", Nit : 90.210.282 de San Gil impugnó la opresión administrativa que le determinó el impuesto de renta correspondiente a la nulidad tributaria de 1985.

ANTENCEDENTES

La sociedad de hecho "Almacen Dimelco" presentó declaración del impuesto de renta por período gravable de 1985, el día 21 de abril de 1986, ante la Administración de Impuesto Nacionales de Bucaramanga, en cuya liquidación privada fijó los impuestos a su cargo en la sumá de $2.013 y un saldo a su favor por valor de $39.627.

Con fecha 18 de mayo de 1988, la sociedad presentó solicitud de devolución de dicho saldo, y la administración con base en las facultades de fiscalización consagradas en el Artículo 30 de la Ley 52 de 1977 profirió el requerimiento ordinario No 000150 del 21 de junio de 1988, solicitando la sociedad comprobación de los costos y deducciones.

La sociedad dio respuesta a dicho requerimiento, alegando prescripción de la facultad de la administración para revisar la declaración de la renta del año gravable en cuestión, argumento que no fue aceptado por cuanto tratándose de un declaración presentada antes de entrar en vigencia el Decreto 2503 de 1987 , el término para presentar la solicitud de devolución, y , por ende para practicar requerimiento especial, se cuenta a partir de la fecha en que entró en vigencia el Decreto citado (diciembre 29 de 1987), y procedió a practicar el requerimiento especial No 000099 septiembre 9 de 1988, mediante el cual anunció la modificación de la liquidación privada sobre la base del desconocimiento de compras por valor de $ 4.303.661, salarios por $ 1.115.810, aportes parafiscales por $ 105.231, arrendamientos por $ 437.578 y otras deducciones por valor de $ 671.181 y sanción por inexactitud.

Dicho requerimiento especial fue objetado, pero la Administración no aceptó las razones dadas por la sociedad, por el contrato procedió a practicarle la liquidación de Revisión No 042485000107 por concepto de impuestos en la suma de $ 756.096 y sanción por inexactitud en la suma de $ 1.208.154.

En desacuerdo con el proceder anterior, la sociedad acudió a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en ejercio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en demanda que presentó ante el Tribunal Administrativo de Santander, ante quien alegó contra lo s actos administrativos acusados, violación de las siguientes normas: Artículos 40,41 de la Ley 153 de 1987, 74,75 y 98 de la Ley 9 de 1983, 45,53,71,87,88,91,40,41,42,43,79,80 del Decreto 2503 de 1987, 26 de la Constitución Nacional, 14 numeral 1 del Decreto 2026 de 1983, 45,55 parágrafo , 15,17,18,

y 31 del Decreto 624 de 1989, 27, 40 del Decreto 2821 de 1974, 15,23,48 y 59 del Decreto 3803 de 1982, 5 del Decreto 1512 de 1985, 9 de la Ley 145 de 1960, por cuanto la Administración reinició el término de revisión , cuando en forma errónea la liquidación de revisión en normas sobre corrección aritmética, y por el rechazo de los costos y deducciones y la imposición de la sanción por inexactitud.

LA SENTENCIA APELADA

El tribunal Administrativo de Santander acogió las súplicas de la demanda y en consecuencia declaró la nulidad de la operación administrativa demandada al considerar que prosperaba el cargo planteado por violación de normas de procedimiento, los Artículos 45 y 53 del Decreto 2503 de 1987, por la extemporaneidad de requerimiento especial y de la liquidación de revisión, ya que de acuerdo con es a nueva normatividad, el requerimiento dabía notificarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de vencimiento del término para declarar, que en caso, ocurrió el 21 de abril de 1986, es decir que hasta el 21 de abril de 1988, la Administración podía válidamente notificarlo, y que como no ocurrió así, tanto el requerimiento como la liquidación de revisión, resultaron extemporáneos.

Observar que es correcta la interpretación de la Administración en el sentido de que cuando la declaración privada presentada saldos a favor el término para proferir el requerimiento especial empieza a contarse a partir de la fecha en que fue presentada la solicitud de devolución o compensación, (inciso 3 Artículo 45 del Decreto 2503 de 1987), pero que erró al concluir, que la facultad para proferir el requerimiento especial y la liquidación de revisión, depende de la oportunidad en que el contribuyente solicite la devolución o compensación del saldo, así sea que la misma se haya formulado dentro o fuera de plazo legal para ello.

Que la única interpretación que cabe respecto al texto del inciso 3 del Artículo 45 Decreto 2503 de 1987, es la de que podrá expedirse requerimiento especial dentro de los años contados a partir de la solicitud de devolución o compensación, siempre que ésta haya sido presentada dentro para declarar , en cuyo evento suspende el término de revisión, y que presentada fuera de dicho término, como ocurrió en el caso debatido, lo que procedía de conformidad con el Artículo 88 del Decreto 2503 de 1987, era negar la solicitud de devolución, pero no reiniciar el término de revisión como lo hizo la administración.

LA APELACION

La representante judicial de la administración de Impuestos de Bucaramanga, objeta la sentencia del Tribunal, por cuanto en su concepto las actuaciones administrativas, el requerimiento especial y la liquidación de revisión, se practicaron dentro del término establecido para el efecto. Y aclara que para las declaraciones presentadas con anterioridad del Decreto 2503 de 1987, los dos años dentro de los cuales se debía presentar la solicitud de devolución, se deben empezar a contar a partir de la vigencia de dicho Decreto (29 de diciembre de 1987 y no desde el vencimiento del

término para declarar 21 de abril de 1986), en razón a que para la época en que fué presentada la declaración, la norma que regía era el Artículo 75 de la Ley 9 de 1983, que no consagraba término para efectuar la solicitud de devolución y e l término de revisión se contabilizaba a partir del momento en que se formulara aquella.

Agrega además, que el Artículo 88 del Decreto 2503 de 1988, que fijaban en dos años el término para solicitar la devolución, fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 28 de julio de 1988, el cual solamente fue revivido hasta 29 de diciembre de 1988,en el Artículo 9 de la Ley 84 de 1988, y que como la solicitud de devolución del año gravable de 1985 declaración del 21 de abril de 1986, fue presentada el día 18 de mayo de 1988, no existe duda sobre ;a oportunidad del requerimiento y la liquidación.

Que si se analiza a la luz del Artículo 75 de la Ley 9 de 1983, vigente para la época de la presentación de declaración de renta, también resulta oportunos los actos administrativos cuestionados, ya que en este caso, cuando el contribuyente determinados, ya que en este caso, cuando el contribuyente determina saldos a favor en su declaración de renta, el término de revisión de be contarse a partir de la fecha de la solicitud de devolución o compensación, sin tener en cuenta que la misma se haya presentado dentro o fuera del término alguno para efectos de la solicitud de devolución .

ALEGATOS DE CONCLUSION

La dirección de Impuestos a través de apoderado judicial en esta oportunidad procesal, presenta coadyuvancia al recurso de apelación formulado por su homóloga de la administración de Impuestos de Bucaramanga, argumentando que tratándose de dilucidar si existe o no extemporaneidad de requerimiento especial y de la liquidación de revisión, cuando el contribuyente eleva solicitud de devolución de saldos a favor (extemporaneidad) se deben consultar las normas que se requieren a la firmeza de liquidación privada como lo es el Artículo 53 del Decreto 2503 de 1987, y no las relacionadas con el procedimiento de las solicitudes de devolución, como lo ha hecho el Tribunal, al dar por cuanto la figura de que ésta norma regula es totalmente diferente al punto que se discute, y considera, que de acuerdo con el citado Artículo 53 (norma que distingue entre solicitud de devolución oportuna o extemporánea) su representada actuó conforme a derecho al expedir el requerimiento especial No 009 del 9 septiembre de 1988 y la liquidación de revisión del 19 de abril de 1989, ya que lo hizo dentro del término de los dos Años siguientes a la solicitud de devolución (mayo 18 de 1988). En consecuencia, solicita a la Corporación revocar la sentencia apelada y en su lugar confirmar la actuación administrativa.

El apoderado de la sociedad actora, no presentó alegato alguno en ésta oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES DE SALA

En síntesis, debe determinar la sala, si el requerimiento especial No 00099 del 9 de septiembre de 1988 y la la liquidación de revisión No. 042485000107 del 19 de abril de 1988 practicados por la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga a la sociedad actora por el año gravable 1985, sobre la declaración de renta presentada el 21 de abril de 1986, con saldo a favor, lo fueron dentro del término legal como lo sostiene la representante de la entidad, o, si por el contrario, como lo acusado el apoderado de la parte actora, son extemporáneos, incurriendo en violación de las normas de procedimiento citada,ya que la solicitud de devolución se presentó el día 18 de mayo de 1988, cuando ya había precluido el término de revisión consagrado en el Artículo 75 de la Ley 9 de 1983.

Observa la Sala en primer lugar, que el procedimiento aplicable a la declaración de rentas presentada por la sociedad actora por la declaración de renta presentada por la vigencia fiscal de 1985, en lo que término de revisión se refiere, es el consagrado en el Decreto 2503 de 1987, y no el consagrado por la Ley 9 de 1983, no obstante que en vigencia de esta normativada se presentó la declaración, el término de revisión al entrar en vigencia el Decreto 2503 de 1987, aún no había empezado a correr por cuanto al determinar saldo a favor en la liquidación privad, el mismo solo debía empezar a correr a partir de la fecha que ocurrió el 18 de mayo de 1988, es decir en vigencia, del Decreto 2503 de 1987, lo que de suyo demuestra la improcedencia del cargo formulado por violación del artículo 75 de la Ley 9 de 1983.

Aclarado lo anterior, se procede a determinar con base en el procedimiento consagrado en el Decreto 2503 de 1987, si los actos administrativos en cuestión fueron o no oportunos.

De conformidad con el artículo 45 del mencionado Decreto , el requerimiento previo a la liquidación de revisión se debe notificar "a más tardar dentro de dos años siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar "sin embargo, cuando la liquidación privada presenta saldos a favor del contribuyente o responsable " el requerimiento deberá notificarse a más tardar dos años después de la fecha de presentación de la solicitud de devolución o compensación respectiva".

Y, el artículo 53 *ibídem.* que consagra la firmeza de la liquidación privada, la cual opera no ya solamente con respecto a la liquidación de revisión, sino del requerimiento especial, con un término de dos años que debe computarse a parte del vencimiento del plazo para declarar (por regla general), *pero cuando la declaración tributaria presente saldo a favor del después de la fecha de presentación de la solicitud de devolución a compensación, no se ha notificado requerimiento especial".*

En el caso en litis, la declaración tributaria de la sociedad actora registra saldo a favor (renglones 284 a 286) según el recuadro del movimiento de cuenta corriente, aspecto sobre el cual no existe discusión; y sobre el saldo a favor determinado presentó solicitud de devolución el día 18 de mayo de 1988.

La circunstancia anterior, implica a la luz de las normas antes citadas, que el requerimiento especial y la firmeza de la liquidación privada con respecto a ésta actuación administrativa, se produce teniendo en cuenta no la fecha del vencimiento del termino par a declarar, como erróneamente lo ha interpretado el libelista y lo ha acogido el Tribunal,, sino con base en la fecha de presentación de la solicitud de devolución, independiente de que la misma sea oportuna o extemporánea, según el término establecido para el efecto por el artículo 88 Decreto 2503 de 1987, para presentar la solicitud de devolución, ya que uno es el proceso de revisión y otro muy diferente el procedimiento concerniente a la devolución.

En esta forma, observa la Sala que habiendo presentando la sociedad actora, la solicitud de devolución el día 18 de mayo de 1988, es obvio, que el requerimiento podía notificarse a más tardar hasta el 18 de mayo 1990, fecha hasta la cual la Administración tenía facultad para producirlo,, so pena de quedar en firme la liquidación privada.

Como el requerimiento especial Nro 0009 fue notificado el día 9 de septiembre de 1988, es evidente que el mismo se práctico dentro del Término legal, sin que además pueda argumentarse que en esa fecha ya había precuído el término para ello, ya que como se vio, el mismo por virtud de la solicitud de devolución se extendió hasta el 18 de mayo de 1990.

Ahora bien, en cuanto a la liquidación de revisión Nº 042485000107, de fecha 19 de abril de 1989, observa la Sala , que el Artículo 51, en su inciso 2 determina que dentro de los seis meses siguientes a la fecha del vencimiento del término para dar respuesta al requerimiento especial o a su ampliación según el caso, la administrativo deberá practicar la liquidación de revisión, si hay mérito para ello"

Notificado el requerimiento especial, el día 9 de septiembre de 1988, el vencimiento del término para la propuesta tuvo lugar el día 9 de septiembre de 1988, de donde surge, que el plazo para practicar la liquidación de revisión se extendió hasta el día 9 de junio de 1989, y como la liquidación de revisión acusada se notificó el día 19 de abril de éste año , se demuestra sin lugar a dudas que este acto administrativo también fue practicado dentro del termino legalmente establecido para ello, sin que tampoco hubiera configurado la firmeza de la liquidación privada respecto de esta actuación administrativa (inciso 3 del Artículo 53.).

En consecuencia, concluye la Sala que la apelación de la entidad demandada está llamada a prosperar , por cuanto como quedó establecido no hubo violación alguna de las normas de procedimiento que tuvo en cuenta el Tribunal para acceder a las súplicas de la demanda; por lo contrario, la Administración se sujetó estrictamente a los términos y condiciones contemplados en el nuevo procedimiento, para la expedición de los actos administrativos acusados de extemporáneos.

En mérito de lo expuesto, el consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO - REVOCASE LA SENTENCIA de fecha agosto 13 de 1991, originaria del Tribunal Administrativo de Santander, objeto de está apelación.

SEGUNDO - DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN, CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

DESCUENTO POR DIVIDENDOS/DIVIDENDO/DESCUENTO TRIBUTARIO/IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

El descuento Tributario que por concepto de dividendos prevén los Artículos 90 a 92 del Decreto 2053 de 1974, tiene por objeto evitar la cascada tributaria sobre una misma renta, en razón del gravamen directo que recae en cabeza de la sociedad que genera las utilidades y el que recae sobre los socios al ser distribuidas aquellas. Por ello el beneficio fiscal consiste en el otorgamiento de un crédito para el pago de dicho impuesto con el fin de que los ingresos por dividendos sólo tributen a una tasa del 5 en cabeza del beneficiario. Pero si las utilidades que se distribuyen a título de dividendo no han pagado impuesto en cabeza de la sociedad que los genera, o no constituyen ingreso tributario sujeto al tributo en cabeza de quien los recibe no se presenta el fenómeno de la cascada tributaria que se quiso evitar con el descuento tributario.

RENTA PRESUNTIVA/DIVIDENDO/COSTO/DEDUCCION.

Cuando la renta del contribuyente se determine en forma presuntiva bien sobre los ingresos netos del contribuyente, bien sobre su patrimonio, al mayor valor así determinado debe agregarse el monto de los dividendos que le sean pagados o abonados en cuenta en calidad de exigibles al contribuyente; este mecanismo se explica porque previamente del patrimonio se excluyen las acciones y de los ingresos los dividendos, con lo cual el sistema de presunción de renta queda depurado de la influencia de la inversión en acciones, o lo que es igual se somete al sistema de ingreso real. Ciertamente la obtención de dichos rendimientos de capital no requiere costo o deducción directamente imputables a los mismos pues a lo sumo tendrían el carácter de tal las comisiones pagadas a algún agente.

CERTIFICADO CONTABLE/PRUEBA CONTABLE.

Las certificaciones que emiten los contadores públicos y los revisores fiscales sólo dan fe de los registros contables del contribuyente, sin que sea dable admitir que una opinión o calificación dada por el contador de que estos gastos (los del Artículo 4o. del Decreto 353 de 1984) son comunes, puede enervar la facultad calificadora de la Administración de las condiciones de proporcionalidad y causalidad exigidas en la Ley. Por ello no se puede aceptar el certificado de contador publico como plena prueba de un hecho económico; no contable y menos de su calificación para efectos tributarios que en principio corresponde al funcionario de impuestos.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ANTICIPO.

De acuerdo con el Artículo 807 del Estatuto Tributario, el valor base para el cálculo del anticipo es el monto del Impuesto de Renta y Complementarios que debe pagar el contribuyente por dicha vigencia, sin incluir sanciones ni otros rubros no señalados en la Ley. Tampoco podía la Administración adoptar el promedio con el del año anterior, porque este beneficio sólo opera cuando el contribuyente expresamente se acoge a el en su liquidación privada.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. SECCION CUARTA. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente: Doctor *Jaime Abella Zárate.*

REF.: EXPEDIENTE No. 3991. Actor: Corporación Financiera Santander. S.A. IMPUESTO RENTA - FALLO -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 11 de octubre de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander, denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la sociedad CORPORACION FINANCIERA DE SANTANDER S.A. NIT: 90.201.057, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, le determinó oficialmente el Impuesto de Renta, complementarios y sanciones por el año gravable de 1985.

ANTECEDENTES

La contribuyente presentó su declaración tributaria del Impuesto sobre la Renta y complementarios correspondientes al año gravable de 1.985, el día 3 de julio de 1986, y determinó privadamente el impuesto con base en la renta presunta sobre el patrimonio.

La Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, mediante el Requerimiento 000017 del 9 de mayo de 1989, anunció a la contribuyente la modificación de su liquidación privada con el fin de adicionarle a la renta declarada la suma de $25.406.442, correspondientes a las participaciones recibidas de la sociedad GASES BUCARAMANGA LTDA, omitidas por la sociedad; limitar el valor de los descuentos tributarios solicitados, incrementar la renta presuntiva y sancionarla por inexactitud.

Mediante oficio 000964 del 12 de julio de 1990, la sociedad dio respuesta al requerimiento, aceptando haber omitido las participaciones, pero no estuvo de acuerdo con las modificaciones propuestas sobre el incremento de la renta presuntiva, la limitación de los descuentos, la determinación de sanciones ni la reliquidación del anticipo.

La Administración de Impuestos Nacionales, una vez oída la respuesta al requerimiento, practicó la liquidación de Revisión 042485000117 de fecha 30 de noviembre de 1.989, acto administrativo en el que concretó las glosas propuestas en el requerimiento, determinó un mayor valor por Impuestos de Renta de $9.354.913, e impuso sanción por inexactitud por $15.028.000 y liquidó anticipo por $7.298.847.

Contra dicho acto administrativo la contribuyente recurrió en reconsideración ante la División de Recursos Tributarios, que mediante la Resolución 000003 de abril 26 de 1990 modificó la liquidación oficial, para determinar la renta presuntiva en $132.130.385 como consecuencia de la aceptación de la deducción por depreciación para determinar los gastos comunes computables, de acuerdo con los señalado en el Artículo 4o. del Decreto 353 de 1984, en consecuencia modificó el valor de la sanción por inexactitud y el anticipo.

LA DEMANDA

La sociedad contribuyente acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Santander, y acusó al acto administrativo de incurrir en violación de los Artículos 90 del Decreto 2053 de 1974; 27 del Código Civil; 4o. del Decreto 353 de 1984; 9o. de la Ley 145 de 1960 y 777 del Decreto 624 de 1989; y los Artículos 647, 683 y 742 del mismo Decreto 624 de 1989.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander denegó las súplicas de la demanda al considerar:

1. Que el Artículo 90 del Decreto 2053 de 1974, que estimó violado la demanda, no era aplicable a la sociedad por expresa disposición de la misma norma, que excluye a las señaladas en el Artículo 91, dentro de las cuales debe considerarse está la actora, en razón de la actividad que ejerce y su sujeción para vigilancia a la Superintendencia Bancaria.

2. Que por la misma razón no hubo violación del Artículo 27 del Código Civil, pues aún cuando desde el punto de vista formal la Administración haya hecho acotaciones a la manera de dar aplicación al Artículo 90 del Decreto 2053 de 1.974, en caso de haberse incurrido en alguna impropiedad, al no ser aplicable la norma a la actora, tal yerro habría sido ineficaz, aún de aceptarse su ocurrencia.

3. Que no hubo violación del Artículo 4o. literal a) del Decreto 353 de 1.984, porque los argumentos que expone la demandante, seguramente resultan válidos en el plano teórico, pero que en el aspecto practicó, resultan más aceptables las razones del rechazo expuestas por la Administración.

4. Que la violación del Artículo 9o. de la Ley 145 de 1.960, no estaba demostrada en el proceso, porque la Ley no otorga a las atestaciones de los contadores la facultad de modificar los requisitos y condiciones que la misma Ley ha previsto. Y la aportada al proceso, contiene un criterio personal, una opinión que mal podría convertir en deducibles de toda renta, unos intereses cuya proporción, excede los límites normales que se observan en las actividades financieras.

5. Que tampoco hubo violación del Artículo 647 del Estatuto Tributario, porque la declaración de renta sí incluye deducciones inexistentes, como son los intereses por $770.203.231.

6. Que tampoco se incurrió en violación de los Artículos 683 y 742 del Estatuto Tributario, porque el acto administrativo se basó en hechos probados con la inspección contable, dándole oportunidades al contribuyente para mejorar su situación.

7. Que no se transgredió el Artículo 777 del Estatuto Tributario por que la certificación del Contador carece del virtualidad para suplir los requisitos que la misma Ley exige, ya que no es mediante constancia como logra un gasto convertirse en deducción.

Como consecuencia, de no haber prosperado la tesis de la demanda, sobre la ilegalidad de las modificaciones, tampoco se dio la violación del Artículo 807 del Estatuto Tributario.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar, cuestiona la sentencia del Tribunal por:

1. No haber estudiado y decidido sobre el desconocimiento de los descuentos tributarios por dividendos y no declarar la violación del Artículo 27 del Código Civil expone que no hizo fundamento de violación en la demanda con base en el Artículo 91 del Decreto 2053 de 1974, que para efectos del fallo cita el Tribunal, porque no

fue argumentado en ninguna de las etapas de la vía gubernativa, como base legal para la limitación del descuento tributario, sino que ella se fundamentó en el Artículo 90 del Decreto 2053 de 1974.

2. Insiste en la violación del Artículo 4o. del Decreto 353 de 1984, y califica de inadecuado el análisis efectuado por el Tribunal sobre la actuación administrativa, como la de la misma sociedad y la norma señalada, porque, "el Tribunal entendió en forma equivocada, que la Administración había cuestionado la naturaleza de deducibles de las rentas obtenidas de los interese pagados por la Corporación Financiera de Santander S.A. en cuantía de $770.203.231"

Que tal descuento se puede verificar fácilmente del examen de la liquidación de revisión, en la cual únicamente se determinaron impuestos por total de $9.392.870, cuantía que en ningún momento permite suponer que se presentó tal rechazo, porque en tal caso, los impuestos por el año gravable de 1985 hubiesen sido superiores a $290.000.000.

Solicita se oficie a la Administración, con el fin de comprobar dicha aseveración.

Explica seguidamente, como para efectos de obtener dividendos, debió realizar inversiones en sociedades anónimas y que los fondos para tal fin los obtuvo de dos maneras:

a) Los recursos propios.

b) Los dineros por concepto de captaciones.

Y que la inversión en acciones la hizo en cumplimiento de las normas legales expedidas por al Superintendencia Bancaria, y que dichas captaciones hechas mediante C.D.T., necesariamente exigen el pago de intereses y que en consecuencia si la inversión en acciones o en títulos se hace en desarrollo del objeto social, la totalidad de los gastos se encuentran íntegramente ligados y realizados con la totalidad de los ingresos, dentro de los cuales se encuentran, sin lugar a dudar, los dividendos y participaciones declaradas.

Para probar tal hecho, que estima es "contable" solicita en forma expresa la práctica de una inspección contable, conforme a puntos que concreta en la apelación.

3. Por último reitera la violación del Artículo 807 del Decreto 624 de 1989, por cuanto se liquida un anticipo de impuestos superior al que legalmente debe pagarse.

4. Pide se revoque la sentencia y se acceda a las súplicas de la demanda.

OPOSICION

El apoderado judicial de la Nación, se opone a las pretensiones de la sociedad actora, porque:

1. Con relación al descuento tributario por dividendos los Artículos 90 y 91 del Decreto 2053 de 1.974, aún cuando establecen una misma base e idéntico porcentaje, el primero establece una limitante y el otro una condición para su procedencia, pero que no permiten incluir en su base ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional, con el objeto de obtener descuentos tributarios.

2. Que no hubo violación del Artículo 4. del Decreto 353 de 1.984, porque él establece dos situaciones, la primera, que se refiere a que dichos dividendos pueden afectarse con los costos y deducciones imputables a ellos, y la segunda, a la cual se acogió la sociedad. Tiene ocurrencia cuando existan deducciones que por su naturaleza sean comunes a la totalidad de los ingresos, caso en el cual debe aplicarse la fórmula matemática que transcribe la norma.

Luego hace una exposición sobre la causalidad de las deducciones, para compartir la decisión del Tribunal que desconoce los intereses como gasto que afecte la obtención de dividendos.

3. Expone que el certificado del Revisor Fiscal, no es prueba idónea para comprobar si los gastos son comunes o no, para efectos de la deducción, y por lo tanto no hubo violación del Artículo 9o. de la Ley 145 de 1.960.

4. Que tampoco hubo violación del Artículo 647 del Estatuto Tributario, ante el hecho de que la sociedad incluyó deducciones inexistentes, lo cual constituye inexactitud al tenor del Artículo 49 del Decreto 3803 de 1.982.

5. Concluye, que procedía la liquidación del anticipo porque modificados los factores sobre los cuales se determinó el valor del impuesto, lógicamente éste tiene que variar, porque lo subsidiario sigue la suerte de lo principal.

PRUEBAS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

La petición de pruebas que formulo la actora en el memorial de apelación no es procedente en esta oportunidad, pues dicha petición no encaja dentro de las previsiones del Artículo 214 del Código Contencioso Administrativo conforme lo expuso el Despacho en el Auto de agosto 3 de 1.992 que no fue materia de recurso alguno.

ALEGATOS FINALES

La demandante reiteró sus puntos de vista con los que ha sostenido la nulidad de la actuación administrativa y la entidad demandada hace lo propio para sostener la legalidad de dicha actuación.

La Doctora Ana Margarita de Obrando como Procurador Sexto Delegado, en resumen sostiene:

a) Para calcular el descuento tributario tan solo deben tomarse las rentas que fueron declaradas como componentes de la base gravable. Es irrelevante que le sea aplicable el Artículo 90 o el 91 del Decreto 2053 de 1.974 que además no ha sido tema discutido sino el asunto es de criterio que por la misma razón no genera sanción por inexactitud.

b) Los intereses pagados a los clientes de depósito a término pueden considerarse como un gasto deducible en su totalidad de las operaciones financieras de la empresa, pero no como "gasto común" incurrido en la obtención de dividendos. Por desconocer las disposiciones pertinentes esta actuación sí configura inexactitud que merece sancionarse.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Serán tratados en su orden los temas materia de controversia, así:

1. DESCUENTOS POR DIVIDENDOS

El descuento tributario que por concepto de dividendos prevén los Artículos 90 a 92 del Decreto 2053 de 1.974, tiene por objeto evitar la cascada tributaria sobre una misma renta, en razón del gravamen directo que recae en cabeza de la sociedad que genera las utilidades, y el que recae sobre los socios a ser distribuidas aquéllas.

Por ello el beneficio fiscal consiste en el otorgamiento de un crédito para el pago de dicho impuesto con el fin de que los ingresos por dividendos sólo tributen a una tasa del 4%, en cabeza del beneficiario que en el caso de sociedades anónimas se establece por la diferencia entre la tarifa del 40% menos el descuento del 36%.

Pero si las utilidades que se distribuyen a título de dividendo no han pagado impuesto en cabeza de la sociedad que los genera, o no constituyen ingreso tributario sujeto al tributo en cabeza de quien los recibe no se presenta el fenómeno de la cascada tributaria que quiso evitar el legislador con el mecanismo del descuento tributario.

Por esta circunstancia, la actuación de la Administración, que no reconoció el descuento por $38.077.360 sobre los dividendos recibidos en acciones de

HILANDERIAS DEL FONCE S.A., tiene su razón de ser, en el hecho de que dicha sociedad los obtuvo y distribuyó como ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional, o sea, que por no haber causado impuesto en la receptora original, no se produjo el fenómeno de la cascada tributaria puesto que tampoco generó impuesto en cabeza de la beneficiaria. Por ello, la Sala no considera que se hubiera configurado la violación de las normas fiscales que invocó la sociedad, ni tampoco del Artículo 91 del Decreto 2053 de 1.974 que no cito la Administración, como acertadamente lo afirma el apelante, por que si ellas solo establecen las condiciones para conceder el descuento cuando éste sea procedente, y no lo era, se repite, cuando el ingreso no fue sometido a impuesto en cabeza de la sociedad que repartió los dividendos, ni de la que los recibió.

2. RENTA PRESUNTIVA

De conformidad con los Artículos 15 y 17 inciso 2o. de la Ley 9a. de 1.983, cuando la renta del contribuyente se determina en forma presuntiva bien sobre los ingresos netos del contribuyente, bien sobre su patrimonio, al mayor valor así determinado debe agregarse el monto de los dividendos que le sean pagados o abonados en cuenta en calidad de exigibles al contribuyente. Este mecanismo se explica porque previamente del patrimonio se excluye las acciones y de los ingresos los dividendos, con lo cual el sistema de presunción de renta queda depurado de la influencia de la inversión en acciones, o lo que igual, ésta no se somete al sistema de presunción sino al de ingreso real.

Por ello, para el efecto e; Artículo 4o. del Decreto 353 de 1.984, ordenó, que el valor de los ingresos así determinados (incluidos en ellos los dividendos), se pudieran afectar previamente con los costos y deducciones imputables a tales ingresos.

Es decir, que permitió la Ley que al monto de los dividendos, renta de capital por excelencia, que consiste en el rendimiento o utilidad generado por un capital invertido en acciones, se le descontaran los costos imputables a los mismos.

Ciertamente la obtención de dichos rendimientos de capital no requiere costo o deducción directamente imputables a los mismos pues a lo sumo tendría tal carácter las comisiones de cobro pagadas a algún agente. Tan evidente es este hecho, que la propia contribuyente al observar la inexistencia de gastos directos imputables, pretendió aplicar el procedimiento establecido en el inciso 2o. del literal A del Artículo 4o que consagra la deducibilidad de expensas "comunes", ésto es, gastos generales que afectan a todos los ingresos. Dice la norma invocada:

> "Cuando existan deducciones que por naturaleza sean comunes a la totalidad de los ingresos, sólo se podrán afectar los ingresos de que trata este Artículo con el resultado que se obtenga de multiplicar el monto de las deducciones comunes por el porcentaje que presenten los ingresos netos excluidos dentro de los ingresos netos totales del contribuyente".

Considera la Sala que los pagos por intereses, efectuados por la sociedad contribuyente por naturaleza no son comunes, con los demás ingresos, ni proporcionales para la obtención de dividendos, ni tienen relación de causalidad directa con su producción. Y menos aún puede admitirse que a los dividendos declarados por $107.500.494 le sean imputable el 90.58% de los gastos a título de "comunes", porcentaje que a todas luces resulta desproporcionado, y en abierta contradicción con el Artículo 45 del Decreto 2053 de 1.974, que exige que las expensas realizadas en el año o período gravable sean necesarias y proporcionadas con cada actividad. La Sala comparte la observación de la Procuradora Delegada en el sentido de que el gasto de intereses por captaciones del público puede relacionarse directamente con los ingresos por colocaciones porque esa es la operación financiera propia y normal de la Corporación, pero no está demostrado que sea gasto directo o común con la obtención de dividendos o generado en crédito para compra de acciones.

Además, observa la Sala que si para efectos de calcular la renta presuntiva sobre los ingresos netos, la sociedad excluyó como valor de dividendos la suma de $107.500.494 (renglón 11, Código C.T. del formulario) siendo consecuentes, este mismo valor es el que debió adicionar a la renta presunta que se determinó sobre la base patrimonial.

Entonces la actuación de la Administración que permitió afectar los dividendos, con gastos comunes en proporción del 15%, lejos de violar la Ley, favoreció los intereses de la sociedad contribuyente.

Por esta razón el cargo de violación del Artículo 4o. del Decreto Reglamentario 353 de 1.984, que hace el apelante a la actuación administrativa, no prospera.

3. CERTIFICADO DE CONTADOR PUBLICO

Tampoco prospera el cargo de violación de los Artículos 9o de la Ley 145 de 1.960 y 77 del Estatuto Tributario, porque las certificaciones que emiten los contadores públicos y los revisores fiscales sólo dan fe de los registros contables del contribuyente, sin que sea dable admitir que una opinión o calificación dada por el contador de que estos gastos son comunes, puede enervar la facultad calificadora de la Administración de las condiciones de proporcionalidad y causalidad exigidas en la Ley.

Por ello, la Sala no puede aceptar el certificado de contador público como plena prueba de un hecho, no contable y menos de su calificación para efectos tributarios que en principio corresponde al funcionario de impuestos.

4. SANCION POR INEXACTITUD

De conformidRAD.- 3991ad con lo dispuesto pro el Artículo 49 del Decreto 3803 de 1.982, norma vigente cuando la actora presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta:

"Constituye inexactitud sancionable, la omisión de ingresos, ventas o bienes susceptibles de gravamen, la inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones o pasivos inexistentes y en general, la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las oficinas de impuestos, de datos o factores equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto para el contribuyente, o un mayor saldo a su favor.

No se configura inexactitud cuando el menor impuesto que hubiere podido resultar se derive de errores de apreciación o de diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y los contribuyentes, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados completos y verdaderos".

En el *sub-lite* no se ha controvertido que las sumas por concepto de ingresos por dividendos no haya sido exacta, ni tampoco que los gastos solicitados por la actora como costos y deducciones, para efectos determinar el valor aplicable a los dividendos declarados en la determinación de la renta presuntita sean inexistentes, incompletos o desfigurados; sólo se evidencia que, en la cuantificación del descuento por dividendos, y los ingresos a adicionar a la renta presupuesta, tanto la Administración como el contribuyente tomaron diferentes interpretaciones como se deduce de los anexos presentados para cuantificar uno y otro por la sociedad, y de los elaborados por la entidad demandada en el proceso gubernativo, para limitar el monto de los solicitados en la declaración tributaria así como de las explicaciones y alegatos esgrimidos por ambas partes tanto a nivel gubernativo como jurisdiccional.

Para la Sala se configuran diferencias de criterio, relativas a la interpretación del derecho aplicable, no configurativo de inexactitud conforme con el inciso 2o. de la norma transcrita inclusive en el punto relativo a la disminución de la renta presuntiva con gastos calificados como "comunes" por la empresa, apartándose en este aspecto del concepto de la señora Agente del Ministerio Público. En consecuencia, la sanción impuesta deberá ser revocada.

5. DETERMINACION DEL ARTICULO

Dispone el Artículo 807 del Estatuto tributario:

"Calculo y aplicación del anticipo.

Los contribuyentes del impuesto sobre la renta están obligados a pagar un setenta y cinco (75%) del impuesto de renta y del complementario de patrimonio, determinado en su liquidación privada, a título de anticipo del impuesto de renta del año siguiente al gravamen.

Para determinar la base del anticipo, al impuesto neto de renta y al complementario de patrimonio del año gravable, o al promedio de los dos (2)

últimos años a opción del contribuyente, se aplica al porcentaje previsto en el inciso anterior. Del resultado así obtenido se descuenta el valor de la retención en la fuente correspondiente al respectivo ejercicio fiscal, con lo cual se obtiene el anticipo a pagar.."

De acuerdo con la norma transcrita el valor base para el cálculo del anticipo es el monto del Impuesto de Renta y complementarios que debe pagar el contribuyente por dicha vigencia, sin incluir sanciones ni otros rubros no señalados en la Ley.

Tampoco podía la Administración adoptar el promedio con el del año anterior, porque este beneficio sólo opera cuando el contribuyente expresamente se acoge a él en su liquidación privada.

En consecuencia, procederá la Sala a su determinación, una vez fije el valor del Impuesto de Renta a cargo que debe pagar la sociedad.

La liquidación de impuestos quedará así:

CONCEPTO	**BASE**	**IMPUESTO**
Renta presuntiva	$132.130.385	
Renta exenta	-o-	
Renta Líquida gravable	132.130.385	$52.852.154
Menos descuentos tributarios		43.584.944
Impuesto neto de renta		9.267.210
Menos descuento especial S.A.		521.256
TOTAL IMPUESTO A CARGO POR 1985		$ 8.745.954
Igual al determinado en la Resolución 000003 de abril 26 de 1990		
Anticipo 1986 $8.745.954 x 75%		6.558.750
Menos retención en la fuente		4.021.767
TOTAL ANTICIPO 1986		$2.536.983

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

1. *REVOCASE* la sentencia apelada.

2. *ANULANSE* la liquidación de Revisión del 30 de noviembre de 1989 y la Resolución 03 de 1990 que fijaron el Impuesto de Renta por el año gravable de 1985 a la entidad demandante.

3. En su lugar, FIJASE en la suma de OCHO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS M/CTE. ($8.745.954), el valor total de Impuesto de Renta y complementarios que por el año gravable de 1985, corresponde pagar a la sociedad CORPORACION FINANCIERA DE SANTANDER S.A. NIT: 90.201.057, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

4. FIJASE en la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS ($2.536.983) M/CTE, el valor del anticipo para el año gravable de 1986 de la sociedad CORPORACION FINANCIERA DE SANTANDER S.A. NIT: 90.201.057.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN, CUMPLASE.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS/MEDIOS DE PRUEBA

El incumplimiento de la Administracion en la remisión de los antecedentes no puede perjudicar probatoriamente al contribuyente . Mal pueden pues las dependencias administrativas solicitar fallo desfavorable a la sociedad, con fundamento en una "falta de pruebas" que ella misma ha causado porque la destrucción de sus archivos no es falla que pueda imputarse a la contribuyente, máxime cuando en el caso de la tardanza en el fallo no la propició ésta y por el contrario es manifiesta la moralidad con que actuó la Administración. Así las cosas, resulta aceptable que ante la imposibilidad de la Administración para remitir los antecedentes completos, pueden admitirse los presentados por la actora.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1.992)

Consejero Ponente: Doctor *Jaime Abella Zárate.*

REF.: EXPEDIENTE No. 4124. ACTOR: AVIONES DE COLOMBIA S.A. IMPUESTO VENTAS - FALLO -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 25 de noviembre de 1.991, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instauradas por la sociedad AVIONES DE COLOMBIA S.A., contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto sobre las Ventas correspondiente al sexto bimestre de 1.975.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

La sociedad AVIONES DE COLOMBIA S.A. antes URDANETA LTDA., presentó la declaración del Impuesto sobre las Ventas por el VI bimestre de 1.975, el 2 de febrero de 1.976, en la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, anunciando como dirección de la empresa la CARRERA 9a. No. 16-51 OFICINA 406 BOGOTA D.E.

El 13 de mayo del mismo año, radicó la correspondiente al Impuesto sobre la Renta año 1.975, informando la siguiente dirección CALLE 26 No. 4-A-45 de Bogotá D.E., que fue la misma que suministró en las posteriores declaraciones tributarias de ambos impuestos y que la Administración aceptó, dice la actora al enviar con fecha 10 de marzo de 1977 el Requerimiento 706 correspondiente al primer bimestre 1975, al cual se le dio respuesta ratificando la misma dirección.

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá practicó la liquidación de Revisión 6782 de fecha 30 de enero de 1.978, enviándola a la primera de las direcciones suministradas por la sociedad. Esto es, a la CARRERA 9a. No. 16-51 OFICINA 406 BOGOTA.

La sociedad dándose por enterada del contenido de aquélla, el día 10 de diciembre de 1.979, fecha en la cual por memorial dirigido al Grupo de Liquidación Impoventas solicitó su entrega, interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, alegando entonces, primero, la nulidad del acto liquidatorio "por no haber sido notificado dentro del término legal de los dos años previstos en los Artículos 11 del Decreto 2821 de 1974 y 47 de la Ley 52 de 1.977" y después, los rechazos de ventas exentas en cuantía de $3.148.482 y de impuestos descontables por la suma de $140.770.

La División de Recursos Tributarios de la misma Administración, por Resolución 282 del 18 de noviembre de 1.968 resolvió el primero y la Dirección General de Impuestos Nacionales a través de la Resolución 0054 del 2 de Diciembre del mismo año el subsidiario de apelación, que confirmó la providencia anterior.

Como la dependencia oficial no encontró pruebas de las afirmaciones del apoderado de la sociedad, en cuanto a la fecha de solicitud y entrega de la liquidación oficial en cuestión, entendió el fallador que la notificación de ésta se surtió el 30 de enero de 1978 y en tal virtud resultaba extemporánea la acción que se interpuso el 28 de diciembre de 1979, porque para entonces ya había precluido el término de los cuatro meses concedidos para el efecto por el Artículo 19 del Decreto 2821 de 1974.

Como normas violadas cita entre otras:

- El Artículo 26 de la Constitución Nacional.

- Artículos 42, 43, 57 numeral 2o., 63, 64 y 66 de la Ley 52 de 1977.

- Artículo 17 del Decreto 2821 de 1974.

Argumenta en síntesis el apoderado de la sociedad que, la Administración de Impuestos alteró el debido proceso y transgredió el Artículo 26 de la Constitución Nacional porque omitió el requerimiento especial y por ende el otorgamiento del término de tres meses para presentar objeciones y aportar pruebas. También porque, la notificación de la liquidación oficial no se cumplió en la forma ordenada por los Artículos 63, 64 y 66 de la Ley 52 de 1977, vigente para la época, y que disponían que la notificación por correo debía hacerse mediante envío de aquélla a la dirección informada por el contribuyente; de donde infiere que la liquidación de Revisión 6782 del 30 de enero de 1978 es nula, de acuerdo con el Artículo 57 de la citada Ley.

La sociedad dice, registró en sus declaraciones de renta y ventas, presentadas con posterioridad a la declaración del período que se discute, y antes de practicarse la liquidación oficial de este bimestre, como dirección válida para efectos tributarios la CALLE 26 No. 4-A-45 BOGOTA, de suerte que era a ésta y no a otra que debió remitirse aquélla.

La Administración no obstante haber conocido y aceptado esta dirección como lo demuestra el Requerimiento número 706 de fecha 10 de marzo de 1977 correspondiente al primer bimestre 1975, remitió la liquidación de Revisión en controversia a la CARRERA 9a. No. 16-51 OFICINA 406, error que debió corregir en los términos del Artículo 50 de la Ley 52 de 1.977.

Así las cosas, como la equivocación no se enmendó, la notificación no se surtió el 30 de enero de 1978, sino el 10 de diciembre de 1.978 cuando la sociedad solicitó y la Administración le entregó copia del acto liquidatorio. Solo hasta esa fecha éste surtió efectos legales, empero cuando para entonces ya había precluido el término de los dos años que tenía la dependencia oficial para modificar la liquidación privada presentada por la sociedad, como quiera que ésta se radicó el 2 de febrero de 1976 Artículo 11 Decreto 2821 de 1974 y Artículo 47 de la Ley 52 de 1977.

Objeta por otra parte el apoderado de la sociedad, las resoluciones proferidas en la vía gubernativa porque según él son violatorias de los Artículos 53 y 56 de la Ley 52 de 1.977, estatuto vigente en la fecha de notificación de la liquidación oficial. Se concedió en ésta el recurso de reposición cuando el procedente era el de reconsideración y las decisiones proferidas por las oficinas de Impuestos aplicaron indebidamente normas no pertinentes como son las de Decreto 01 de 1984 que, por una parte no estaban vigentes a la fecha de interposición de aquellas acciones y por otra no son aplicables a procedimientos administrativos regulados por Leyes especiales, según lo dispuesto por el mismo estatuto.

Cuestiona igualmente la morosidad de la Administración que tardó más de nueve años para dirimir la controversia despachándolas desfavorablemente, imputando deficiencias probatorias al contribuyente, sin aportar los antecedentes administrativos que permitieran aclarar el cambio de dirección, la devolución tanto del requeri-

miento especial como de la liquidación oficial, por la Administración Postal, que la sociedad no pudo conocer por contener una dirección equivocada.

Critica la liquidación oficial porque desconoció el tratamiento de exentas a las exportaciones realmente efectuadas y aplicó sanción por inexactitud sin que ésta fuera procedente, con violación flagrante del numeral 4o. del Artículo 8o. del Decreto 1988 de 1974, en concordancia con los Artículos 12 del Decreto 584 de 1975 y 10 del Decreto 2803 de 1975 e igualmente el Artículo 15 del Decreto 3288 de 1963.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia proferida el 25 de noviembre de 1.991, aceptó las pretensiones de la sociedad. Declaró la nulidad de la operación administrativa impugnada porque, no encontró dentro del expediente evidencia alguna que, estableciera que las oficina tributarias enviaron a la contribuyente, el requerimiento especial y la liquidación de revisión materia de controversia, lo que implica que ésta se produjo con violación del Artículo 42 de la Ley 52 de 1977.

DE LA APELACION

La apoderada de la parte demandada se opone a los pedimentos de la sociedad y solicita se revoque la sentencia apelada.

Considera primero que, la inadmisión del recurso de reconsideración implica no agotamiento de la vía gubernativa y que sin el cumplimiento de este presupuesto no se puede acudir en demanda ante la jurisdicción contenciosa, por lo cual el Tribunal debió inhibirse de conocer de la acción, en los términos del Artículo 135 del C.C.A.

Objeta la sentencia porque da credibilidad a la liquidación oficial, cuya copia fue aportada por la contribuyente, pero en cambio desconoce su contenido en donde informa el oficio y la fecha de remisión del requerimiento especial.

Con fundamento en el Artículo 40 de la Ley 153 de 1887, insiste en que de acuerdo con el Decreto 2821 de 1974, estatuto aplicable a todo el proceso, no era obligatorio sino potestativo el requerimiento especial. Sin embargo, dice, la Administración lo envió y la sociedad no lo contestó.

El alegato de conclusión recalca que la Oficina de Impuestos al proferir la liquidación oficial consideró que, su actuación se ajustaba a las normas pertinentes en consecuencia era a la sociedad a quien competía desvirtuarla con prueba en contrario.

De lo anterior infiere que es improcedente la nulidad decretada por el *a-quo*.

La Procuradora Sexta Delegada ante la Corporación, Ana Margarita Olaya de Obando de otra parte, entiende que si bien es cierto bajo la vigencia del Decreto 2821 de 1974 no era necesario el requerimiento especial previo a la liquidación de revisión, también lo es, que ésta debía notificarse dentro de los dos años contados a partir de la fecha de presentación de la declaración de venta.

La introducción al correo, dice, "hecha con error en cuanto a la dirección informada por la contribuyente, tuvo lugar el 30 de enero de 1978, faltando dos días para cumplirse el término de los dos años, pero la irregularidad anotada induce a afirmar, que no fueron observadas las previsiones necesarias para obtener una notificación en debida forma y que, por no estar oportunamente enmendada tal deficiencia, el acto de notificación no se surtió con la introducción de la liquidación al correo, sino extemporáneamente, por conducta concluyente, el 10 de diciembre de 1979, quedando sin validez jurídica la liquidación de revisión acusada"

Pide por lo tanto confirmar la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Sobre la eficacia de la notificación que se surte a través de la Administración Postal, reiteradamente se ha pronunciado la Sala. (Exp. 2048 abril 27 de 1.990, Financiera Santafé S.A., Consejero Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos; Exp. 3009, enero 21 de 1.991, Petroleum Helicóptero de Colombia S.A., Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano; Exp.3456, septiembre 13 de 1.991, Promociones Ulises Ltda.).

Ha dicho la Sala (Exp. 2048):

"2. *Sobre la eficacia de la notificación postal:*

El Artículo 39 del Decreto 3803 de 1982 (antes 66 y 68 de la Ley 52 de 1977) consagra, en efecto una presunción "juris tantum" que, de suyo, cabe desvirtuar con prueba contraria, pues no se funda en principios incuestionables, sino en circunstancias específicas determinadas por el legislador de emergencia, a saber, el envío de la copia del acto liquidatorio a la dirección informada por el contribuyente y la introducción de tal copia al correo.

Es cierto que quien alegue en su favor la presunción, estando acreditadas las circunstancias específicas se releva de la carga de probar el hecho inferido, que es la notificación.

Pero lo es también, que a quien la contradiga, se permite demostrar la inexistencia de tal hecho, incluso en el evento de estar probadas las circunstancias o antecedentes del mismo, salvo disposición legal que expresamente lo prohiba. (Código Civil, Artículo 66).

O lo que es lo mismo, que el contradictor tiene la opción de probar, o contra el hecho presumido mismo, o contra los supuestos o antecedentes de que éste se colige"

La sociedad contribuyente desde la iniciación del proceso gubernativo ha sostenido que no recibió ni el requerimiento especial, ni la liquidación de revisión porque ninguna de las actuaciones se remitió a la última dirección informada por ella y que del contenido de la decisión oficial se enteró el 10 de enero de 1979 cuando solicitó la entrega a la Administración.

Para respaldar sus aseveraciones la sociedad aportó fotocopias autenticadas de los siguientes documentos que anuncian como dirección tributaria CALLE 26 NO. 4-A-46 BOGOTA.

a) Declaraciones de renta, años gravables 1975 y 1976 radicadas el 13 de mayo de 1.976 y el 24 de abril de 1978.

b) Las declaraciones de ventas de los bimestres tanto de 1976 como de los pertinentes a 1.977, radicadas todas con posterioridad al 2 de febrero de 1976.

c) Con oficio 0114 remitido el 14 de enero de 1977 por la Auditoría Interna de Ventas en relación con la declaración de ventas de la sociedad, correspondiente al período marzo-abril 1975.

d) Oficio 706 de fecha 10 de marzo de 1977 enviado por la misma Sección referente al bimestre enero-febrero de 1.975.

Igualmente remitió fotocopia de la Liquidación de Revisión 6482 de fecha 30 de enero de 1978 en donde se fija como dirección tributaria CARRERA 9a. No. 16-51 OFICINA 406.

En la demanda la actora solicitó como pruebas "los antecedentes administrativos" y después de varios intentos el Tribunal solo obtuvo algunas pruebas precarias, remitidas con oficio No. 8815 de octubre 12 de 1.989, pero sin que en ellas se encuentren las que sirvieron de fundamento a los hechos que son materia de discusión. Esto, es los antecedentes del requerimiento especial y de la liquidación de revisión.

Sobre el particular la apoderada apelante argumenta que "la verdad es que no es hora de solicitarlos porque los rige la Orden Administrativa No. 065 de 1976, según la cual a partir de los siete años de un expediente puede ser depurado..."

El criterio de la Sala ha sido el de que el incumplimiento de la Administración en la remisión de los antecedentes no puede perjudicar probatoriamente al contribuyente. En providencia del 14 de julio de 1977 (Exp. 4480, Consejero Ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya) expresó la Sección:

> "Los hechos anteriores están suficientemente demostrados en el expediente: La decisión del Tribunal se halla ajustada a derecho y como el mismo Tribunal manifiesta que por el incumplimiento de la Dirección General de Impuestos al no remitir los antecedentes administrativos reiteradamente solicitados por él, hay que hacer fe de los documentos que en fotocopia y en copias autenticadas presentó el actor, de los cuales se desprende que su reclamo buscaba que se declarara en firme su liquidación privada y ésta obra en fotocopia, procedió bien al dejar en firme esta liquidación." (Anales del Consejo de Estado, 2o. semestre 1977, p. 766).

Mal pueden pues las dependencias administrativas solicitar fallo desfavorable a la sociedad, con fundamento en una "falta de pruebas" que ella misma ha causado porque la destrucción de sus archivos no es falla que pueda imputarse a la contribuyente, máxime cuando en el caso la tardanza en el fallo no lo propició ésta y por el contrario es manifiesta la morosidad con que actúo la Administración, que dilató más de nueve años la decisión.

Así las cosas, resulta aceptable para la Sala que ante la imposibilidad de la Administración para remitir los Antecedentes completos, pueden admitirse los presentados por la actora, pruebas de las cuales se infiere que la notificación de la liquidación de revisión se surtió después de precluido el término de dos años previstos para la revisión (Art. 11 Dcto. 2821 de 1974) como quiera que la diligencia se entiende surtida no el 30 de enero de 1978, sino el 10 de diciembre de 1979 cuando realmente la contribuyente la conoció.

Como dijo la Sala en la sentencia referenciada:

> "La condición de parte que el C.C.A. le atribuyó a la Administración, en el proceso contencioso administrativo, implica la consagración de iguales derechos y obligaciones que deben ejercerse con lealtad. La omisión o incumplimiento del deber de remitir los antecedentes por cualquier causa que ello suceda, no puede erigirse en una causal que la favorece sino al contrario, la perjudica."

Así que aún cuando por razones diferentes la Sala comparte la decisión del Tribunal.

AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA

Si la notificación del acto liquidatorio se efectuó el 10 de diciembre de 1979, como ya se anotó, y el recurso de reposición se interpuso el 28 del mismo mes y año, no le era lícito a la Administración inhibirse de proferir un fallo de mérito, alegando extemporaneidad en su presentación, porque actuó dentro del término legal previsto por el Artículo 19 del Decreto 2821 de 1974, precisamente por considerar ineficaz la supuesta notificación por correo.

No era pues extemporáneo el recurso como lo declaró la División de Recursos Tributarios en la Resolución 282 del 18 de noviembre de 1988 y posteriormente confirmó la División Jurídica por Resolución 0054 del 2 de diciembre del mismo año de donde se concluye que no hubo falta de agotamiento de la vía gubernativa; en primer lugar porque con la Resolución 054 de diciembre de 1988 se cerró ésta formalmente. Además quedó demostrado que el recurso se interpuso en tiempo y fue indebidamente rechazado como extemporáneo, con lo cual quedó habilitada la vía jurisdiccional para entrar a conocer el fondo del asunto.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Cuarta) el 25 de noviembre de 1.991, en el expediente No. 6912.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMÚNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

ACCION DE COBRO/PRESCRIPCION/RESTITUCION DE TERMINOS/ MANDAMIENTO DE PAGO/NOTIFICACION POSTAL.

El Artículo 99 de la Ley 9a. de 1.983 es norma tributaria del restablecimiento de términos, pero no referida a cualquier clase de acto administrativo, sino especifica de la "liquidación de impuestos, citaciones, requerimientos y otros comunicados" que se hubieran remitido a dirección domiciliaria errónea. Dado que por su naturaleza y trascendencia en el procedimiento de cobro, el mandamiento de pago, no comporta los caracteres de la liquidación o de la simple citación, requerimiento o comunicado, tampoco cabe enmendar los yerros de su notificación por la vía del indicado Artículo, o conforme a los efectos previstos por éste. En conclusión no habiéndose producido la enmienda de la notificación postal errónea dentro del término de prescripción de la acción de cobro, no se interrumpió tal prescripción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C., noviembre veinte de mil novecientos noventa y dos.

Ref: Radicación 4252. Apelación sentencia del 15 de mayo de 1.992, Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución 17 del 10 de julio de 1.989 y la 18 del 4 de septiembre de 1.989, expedidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá. Actor: Comunidad de Propiedad Horizontal Edificio San Martín. FALLO.

Magistrada Ponente: *Doctora CONSUELO SARRIA OLCOS.*

El Director de Impuestos Nacionales, debidamente representado, apela de la sentencia de 15 de mayo de 1.992, estimatoria de las súplicas de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento fiscal promovido por la comunidad de propiedad horizontal EDIFICIO SAN MARTIN contra las resoluciones #017 y #013 de 10 de julio y 4 de septiembre de 1.989, por la que, en su orden, la unidad de cobranzas de la Admi-

nistración de Impuestos Nacionales de Personas Jurídicas de Bogotá, falló la excepción alegada en relación con el mandamiento de pago de 29 de junio de 1.988, por impuestos de renta y complementarios del ejercicio fiscal de 1.980, y decidió la apelación intentada.

Sobre el recurso, cumplido el trámite de instancia, procede al resolver la Sala.

ANTECEDENTES:

La resolución de excepciones, rechazó la fundamentada en la prescripción de la acción de cobro, en razón de que, si bien inicialmente, el 22 de agosto de 1.988, el mandamiento de pago se había notificado por correo a dirección incorrecta, subsanado el error, el 23 de mayo de 1.989, por notificación personal, ésta habría interrumpido la prescripción, de conformidad con los Artículos 566 y 567 del Estatuto Tributario, decisión confirmada íntegramente en la vía gubernativa, por motivos similares.

LA DEMANDA:

Sostiene, en resumen, que dado el sentido obvio del Artículo 99 de la Ley 9a. de 1.983, referente a la corrección de la dirección domiciliaria y sus efectos, producida tal corrección, los términos para interponer recursos o excepciones se deben contar desde la notificación correcta; y que no tendría ningún objeto recurrir o excepcionar si, de antemano, por válidos y ajustados a la Ley que sean los argumentos , se van a rechazar, convirtiéndose "en una parodia el derecho de defensa" contemplado por el Artículo 26 de la Constitución, e interpretándose la Ley por los funcionarios "de manera amañada, bajo la excusa de defender los intereses del Estado", que sería lo sucedido en el caso , según el relato que hace de las diversas incidencias que procedieron a la notificación correcta, cuando ya había transcurrido el plazo de cinco años de prescripción de la acción de cobro.

Así mismo, que para el rechazo de la excepción, "se formulan toda clase de incorrecciones, como la de afirmar que si una dirección (sic) se envía a una equivocada, es válida y tiene efectos jurídicos, porque no es inexistente, pasando desapercibido (sic) incluso la transcripción de algunos apartes de sentencias proferidas por el Honorable Consejo de Estado, que en las distintas actuaciones fueron expuestas ante la Administración Tributaria".

Y que, aparte de las normas indicadas antes, resultaría manifiesta la transgresión del Artículo 817 del Estatuto Tributario, en consonancia con los Artículos 831, 841 y 833 ib., por desconocerse el fenómeno de la prescripción, no obstante la prueba del mismo, a más de los Artículos 842 ib., 84 de la Ley 52 de 1.977, 39 del Decreto 3803 de 1.982 y 76 y 77 del Decreto 2503 de 1.987.

LA SENTENCIA APELADA:

Desestima la excepción de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, aducida por la Fiscalía en consideración a que, pese a la imprecisión consistente en citar los Artículos 84 y 85 del Decreto 01 de 1.984 como fundamento de la acción, era entendible, por vía de interpretación del libelo, que ésta era la de nulidad y restablecimiento del derecho.

En lo de fondo, encuentra probada la excepción de prescripción esgrimida por la demandante, por cuanto, entre la fecha en que quedó en firme la liquidación de revisión #102153 de 27 de julio de 1.983 (el 27 de septiembre de 1.983) y la notificación personal del mandamiento ejecutivo ("23 de mayo de 1.989"), habrían transcurrido, "con creces, más de los cinco (5) años a que hacen referencia los Artículos 817 y 831 del Estatuto Tributario", entendiéndose que solo desde dicha notificación habrían operado los efectos legales pertinentes y que las correcciones de las notificaciones conforme al Artículo 99 de la Ley 9a. de 1.983, no podrían, "ir más allá de los términos legales de prescripción de las acciones de cobro, siempre y cuando tal medio exceptivo sea así alegado oportunamente pro al parte interesada".

EL RECURSO DE APELACION:

Discrepa del criterio de haberse dado los supuestos de la prescripción porque la liquidación de revisión constitutiva del título ejecutivo, habría quedado firme el 27 de septiembre de 1.983, fecha desde la cual era exigible el crédito fiscal y porque la notificación irregular del mandamiento de pago, proferido antes del vencimiento de los cinco años previstos para el cobro, habría quedado subsanada mediante la nueva notificación de 23 de mayo de 1.989, cumpliéndose estrictamente el Artículo 99 de la Ley 9a. de 1.983, o 567 del Estatuto Tributario, con garantía del derecho de defensa de la contribuyente, pues habría operado la restitución de términos sin incurrirse en causal alguna de nulidad, restitución que tendría, "un efecto de cinco (5) años, que es la misma que la Ley concede (sic) la prescripción".

Así, puesto que la primera notificación se había efectuado el 1 de julio de 1.988 y la segunda, correctamente, el 23 de mayo de 1.989 pero referidas ambas a un mismo acto, la acción de cobro solo prescribiría el 1 de julio de 1.993, de conformidad con el "Artículo 108 (sic) del Decreto 2503 de 1.987".

LOS ALEGATOS:

La demandante rechaza el argumento esgrimido por la contraparte, de que la notificación pudiera tener algún efecto jurídico, entendiéndose por "defectuosa", la falta de notificación, careciendo de sentido la restitución ordenada por la propia Administración, pues sus efectos se harían nugatorios.

Sobre el tema de la notificación, transcribe apartes de la sentencia de 26 de abril de 1.990, de la Sección Primera de esta Corporación.

La parte demandada, a su vez, con fundamento en el Artículo 818 del Estatuto Tributario, reitera la argumentación de haberse realizado la notificación del mandamiento de pago en término, interrumpiéndose la prescripción de la acción de cobro.

Añade, que mal podría pretenderse la nulidad de una notificación provocada por la misma contribuyente y beneficiarse "de los efectos del silencio administrativo positivo, desconociendo de esta manera los recursos y los términos de los cuales tenía derecho para plantear su inconformidad".

El a-quo habría desconocido, que los términos se habilitan, tanto para que el contribuyente proponga sus recursos, como para que la Administración corrija sus errores. Al respecto, reproduce apartes de la sentencia de 19 de abril de 1.991, dictada en el proceso #2978, con ponencia del señor Consejero Jaime Abella Zarate; cita, igualmente, un párrafo del concepto fiscal de primera instancia, según el cual, teniendo por objeto la notificación y de que se ejercitara la acción contenciosa, no se habría vulnerado el derecho de defensa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El cobro coactivo del crédito fiscal, se regula por normas especiales del Decreto 2503 de 1.987 (o sus correspondientes del Estatuto Tributario), particularmente en lo que toca con la notificación del auto ejecutivo, que es motivo esencial de la controversia suscitada.

Dice, en efecto, el Artículo 103 ib., que el auto en cuestión se debe notificar personalmente al deudor, o por correo, si éste no comparece en el término que se le señala mediante citación previa, debiendo, en este último caso, "informarse de ello por cualquier medio de comunicación del lugar", aunque la ausencia de esta formalidad, "no invalida la notificación efectuada".

Así mismo, el Artículo 107 ib., dispone que la acción de cobro prescribe en el término de cinco años, contados desde que se hizo exigible la obligación fiscal, y que dicho término solo se interrumpe por la notificación del auto de que se trata, o la concesión de prórrogas y demás facilidades de pago.

Ahora bien el Artículo 99 de la Ley 9a. de 1.983, es norma tributaria del restablecimiento de términos, pero no referida a cualquier clase de acto administrativo, sino específica de la "liquidación de impuestos, citaciones, requerimientos y otros comunicados", que se hubieren remitido a dirección domiciliaria errónea.

Dado que por su naturaleza y trascendencia en el procedimiento de cobro, el mandamiento de pago, no comporta los caracteres de la liquidación, o de la simple citación, requerimiento o comunicado tampoco cabe enmendar los yerros de su notificación por la vía del indicado Artículo, o conforme a los efectos previstos por éste.

Y como la restitución de términos legales en materia impositiva, es una institución excepcional, no contemplada siquiera en las normas generales del proceso civil,

tiene una aplicación eminentemente restringida a los actos de taxativo señalamiento legal.

En conclusión, no habiéndose producido la enmienda de la notificación postal errónea, dentro del término de prescripción de la acción de cobro, no se interrumpió tal prescripción, debiendo tenerse por probado el hecho exceptivo alegado por la demandante, según se definió en el fallo recurrido, que debe mantenerse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confirmase la sentencia apelada.

La Doctora MARIA CRISTINA RAMIREZ LONDOÑO tiene personería para obrar en nombre del Director de Impuestos Nacionales.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

CONDENA EN COSTAS-Requerimientos/**DESISTIMIENTO**

El supuesto de hecho previsto en le Artículo 171 del C.C.A (condena en costas) es el del litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso. Para que se entienda vencido en el proceso se requiere que este haya terminado por sentencia de mérito en la cual se niegue el petitum o que el incidente o recurso sean negados o resueltos en contra. Es claro que el supuesto de hecho del desistimiento de la demanda a la que conduce el Artículo 66 de la ley 49 de 1990 no es el mismo del Artículo 171 del C.C.A. porque ni el proceso término con vencido. Así al no darse el supuesto derecho no puede darse tampoco la consecuencia prevista, es decir la condena en costas.

DESISTIMIENTO / AMNISTIA TRIBUTARIA / TRANSACCION/ CONDENA EN COSTAS

El desistimiento como parte de una operación compleja de amnistia de unas deudas tributarias, implica una autorización de transigir para la entidad pública que no puede hacerlo sin ella, pero que el particular tampoco lo aceptaría si no va implícita la promesa del perdón de la deuda. Por eso no es " incondicional", ni tampoco es irrevocable y no ha implicado la renuncia a las pretensiones de la actora. Los supuestos que en el proceso civil establecen la condena en costas en caso de desistimiento, es un fenómeno típico, inconfundible de perfiles perfectamente definidos , como son ".....la renuncia de la pretensiones ....capaz de producir efectos de cosa juzgada,o de impedir el ejercicio de las mismas pretensiones por la misma vía procesal ..... incondicional , entre otras , todas ellas características que defieren de las que distinguen al desistimiento consagrado para gozar de un amnistia tributaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.

Santafé de Bogotá D.C. noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente: Dr *Jaime Abella Zárate.*

REF: Expediente No 3677. ACTOR : PROCINAL LIMITADA (TEATRO COLON CALI) C/FOCINE. Apelación Interlocutorios AUTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad actora contra el 22 de febrero de 1.991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de cine correspondiente a los períodos comprendidos entre el 26 de junio de 1985 y de 31 de diciembre de 1985 y entre el 1 de enero de 1988 y el 31 de diciembre de 1987.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca aceptó el desistimiento de la demanda y ordenó condenar en costas a la parte actora.

La apoderada de la parte demandante sustenta la apelación alegando que, debido a que la Ley 49 de 1990 en su Artículo 66 concedió la amnistía en la relación con el impuesto de cine y que para acogerse a tal amnistía se exigía a los exhibidores desistir de cualquier recurso que cursara en la via administrativa o jurisdiccional, resultaba esta exigencia del desistimiento un imperativo legal.

Así mismo, considera la apelante que en realidad no se trata propiamente de un desistimiento en el cual la titular de la acción esté absolviendo a la entidad demandada sino que más bien se trata de una transacción para cuyo perfeccionamiento se establecieron en la Ley algunas condiciones como la ya anotada del destimiento.

Estima, por lo tanto, que como en principio, no cabe hablar de desitimiento unilateral del demandante cuando a él se llega de común acuerdo con el demandado quien también desiste que sus pretensiones de reconvención, resulta improcedente que los abogados de Focine pretendan cobrar las costas por una actuación que la Ley obligó a tomar a la accionante.

Hace énfasis en el hecho de que el Artículo 171 del Código Contencioso Administrativo regula dentro del proceso contencioso el tema de la condena en costas sin que de su texto se pueda deducir que ella sea aplicable para el caso del desistimiento y que como dicha condena en costas tiene expresa consagración en la Ley procesal administrativa, no puede el juez remitirse al Artículo que regula la misma en el Código de Procedimiento Civil. Solicita se revoque el pronunciamiento del Tribunal , materia de la apelación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia planteada consiste en si se causan o no costas a cargo de la parte actora en razón del desistimiento del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho entablado contra los actos que determinaron el impuesto de Cine, desistimiento que realizó la actora como parte de los requisitos exigidos por el Artículo 66 de la Ley 49 de 1990 para acogerse a la amnistía decretada en la misma.

1. EL DESISTIMIENTO Y LAS AMNISTIAS TRIBUTARIAS

Para dilucidar el punto la Sala considera necesario recapitular en primer lugar las características principales del mencionado desistimiento, que pueden reunirse, así:

A- El desitimiento lo hizo con el único fin de acogerse al " saneamiento del impuesto de cine previsto por el Artículo 66 de la Ley 49 de 1990", en legítimo uso de una opción presentada por el legislador para arreglar una situación conflictiva generalizada con todos los constituyentes del Impuesto de Cine)ART. 15 Ley 55 de 1985) y que implicó cancelar solamente el 8.5% y ponerse a paz y salvo con todas las obligaciones tributarias correspondientes, antes del 29 de marzo de 1991.

B- El hecho de acogerse a la amnistía implicó la rebaja del 7.5 % que precisamente era el objetivo del recurso y que se disputa a nivel jurisdiccional.

C- La actora en ningún momento consideró absuelta a su demanda (focine), ni se ha considerado vencida en juicio.

Se observa que este sistema de desistimiento de los procesos en los curso lo ha utilizado varias veces el legislador en materia tributaria, como condición para aceptar una amnistía. Se recuerdan, los siguientes:

a) El autorizado por el Decreto 3826 de 1985 respecto a los procesos de Impuestos sobre la renta que cursaban en el consejo de Estado y se incendiaron en el asalto al palacio de JUSTICIA (NOVIEMBRE /85); para evitar la reconstrucción del proceso y continuar el litigio se propuso el pago de una parte del valor discutido previo " desistimiento" de las acciones establecidas.

b) La Ley 75 de 1986 en especial el art. 55, tuvo por objeto descongestionar la administración tributaria y propuso igual solución con un "desistimiento " de las demandas y recursos interpuestos con cancelación de los valores discutidos.

c)Y, el Artículo 66 de la Ley 49/90 que tuvo por objeto "el saneamiento del impuesto del Artículo 15 de la Ley 55 de 1985" que como se recordará consistía en un 16% a cargo de los exhibidores y fue materia de un calvario legislativo y jurisprudencial, para superar el cual la citada Ley propuso el pago del 8 1/2 y el perdón del 7 1/2 previo "desistimiento" de las acciones incoadas.

Como nota caractarísticas en todos estos "desistimientos" se observa una finalidad pública que aconseja concluir los litigios pendientes, autorizando en el fondo una transacción, que desde luego no sería posible sin permiso del legislador.

2. APLICABILIDAD DEL ARTICULO 171 DEL C.C.A.

El Artículo 171 del C.C.A. hace parte de un capitulo que se refiere al "contenido, cumplimiento y ejecución de las sentencias" y se remite a los términos del Artículo 392 del C. de P.C. que está ubicado en éste en un capítulo general de "Expensas y costas".

Con excepción de los juicios de nulidad y electorales, el supuesto de hecho previsto en el Artículo 171 del C.C.A. es el del "litigante particular vencido en el proceso, incidente o recursos" o sea, que se trate de un litigante particular (no entidad pública) y que haya sido vencido en el proceso, incidente o recurso, esto es, que hayan sido negadas sus pretensiones o aspiraciones procesales. Para que se entienda vencido en el proceso se requiere que éste haya terminado por sentencia de mérito en la cual se niegue el petitum o que el incidente o el recurso por él propuestos sean negados o resueltos en contra de sus pedimentos.

En términos generales coinciden estos supuestos con los previstos en el Artículo 392 del C. de P.C. (al cual remite el 171 del C.C.A) según el cual "se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, a la que pierda el incidente o lo trámites especiales que lo sustituyen... o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto....".

La consecuencia jurídica de estos supuestos en uno y otro Código es la condena en costas.

Pero es claro que el supuesto de hecho del desistimiento de la demanda a la que conduce el Artículo 66 de la Ley 49 de 1990 no es el mismo que contempla el Artículo 171 del C.C.A, porque ni el proceso terminó con sentencia de mérito a las pretensiones del litigante particular, ni éste resulto vencido en incidente o recurso alguno.

En conclusión, es claro que al no darse el supuesto de hecho contemplado en la norma, no puede darse tampoco la consecuencia prevista en la misma, es decir, la condena en costas.

3. LA REMISION DEL ARTICULO 267 DEL C.C.A.

El Artículo 267 del C.C.A. indica que en los aspectos no regulados por el Código Contencioso Administrativo se seguirá el Código de Procedimiento Civil, en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Supone esta norma que el universo de las regulaciones del Código de Procedimiento Civil es más amplio que el del C.C.A. y evidentemente lo es en el sentido de que contempla más supuestos de hecho que el de éste.

Pero para establecer cuándo es preciso recurrir al código de Procedimiento Civil debe examinarse si el supuesto de hecho está o no contemplado en el C.C.A. y, en el caso de no estarlo, podrá aplicarse lo dispuesto en aquél pero en cuanto sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, que es una aplicación condicionada a la naturaleza propia de las contiendas con la administración pública.

Para el caso que se debate, quedó claro que la hipótesis contemplada en el Artículo 171 del C.C.A. como causante de costas no contempla el caso del desistimientos sin el del litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso.

En consecuencia, ni por vía general y menos por especial puede considerarse contempladas en el citado Artículo 171 el problema de las costas en caso de desistimiento.

En consecuencia, al ser aspecto no regulado por el C.C.A. se ha considerado aplicable por la vía de la remisión general del 267, el Artículo 345 del Código de Procedimiento Civil especialmente en cuanto ordena que "Siempre que se acepte un desistimiento se condenará en costas a quien desistió salvo que las partes convengan otra cosa o que se trate del desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido".

4. INAPLICABILIDAD DEL ARTICULO 345 DEL C. DE P.C.

Procede a examinar si por aplicación del principio de que en donde el legislador no distingue no le es dable al intérprete distinguir, resulta aplicable indefectiblemente la norma citada en el caso de los desistimientos de demandas contenciosas con fines de acogerse a las amnistías tributarias decretadas por el legislador y esencialmente a la prevista en la Ley 49 de 1990 con relación a los contribuyentes del Impuesto del 16% al Cine.

Quedó expuesto en la primera parte de estas consideraciones que el desistimiento de demandas contenciosas contra la administración autorizadas en algunas ocasiones por el legislador, ha sido como parte del mecanismo de una amnistía tributaria o mejor, como uno de los requisitos para que ésta tenga plena efectividad. En tales casos el desistimiento reviste especiales características tanto por su finalidad, como por sus consecuencias, que lo separan del desistimiento -como una de la forma de terminación anormal del proceso civil regulado por los Artículos 342 a 345 del C. de P.C. . No solamente por la naturaleza de los procesos a la cual hay que consultar (según el Artículo 267 del C.C.A.) sino también por las actuaciones que corresponden a esta jurisdicción.

Los procesos entre particulares en razón de sus derechos derivados, frente a los procesos promovidos por los particulares para juzgar las controversias administrativas originadas en la actividad de las entidades públicas, implican necesarias y notorias diferencias cuya enumeración escapa a los limites de esta providencia para cuyo efectos basta resaltar que la entidad pública no puede utilizar los medios anormales de terminación del proceso (transacción, desistimiento y perención), pero tampoco puede ser condenada en costas aún en el evento de ser vencida en juicio.

El desistimiento como parte de una operación compleja de amnistía de una deudas tributarias, implica una autorización de transigir para la entidad pública que no puede hacerlo sin ella; pero que el particular tampoco lo aceptaría si no va implícita la promesa del perdón de la deuda. Por eso no es "incondicional" tampoco es irrevocable y no ha implicado la renuncia a las pretensiones de la actora (como debe ser el desistimiento entre particulares según el Artículo 342 del C.P.C.).

En efecto, la no revocabilidad ha sido aceptada por esta misma Sala cuando ordenó seguir adelante los procesos en los cuales no se aceptó la amnistía por falta de alguno de los requisitos (como parte del pago, extemporaneidad en la solicitud, etc.), olvidando así que se había desistido de la demanda. En este sentido hay varias providencias con relación a las amnistías de reconstrucción de expedientes y descongestión de la Administración (Decretos 3826 de 1985 y Ley 75 de 1986).

Los supuestos que conducen en el proceso civil a establecer la condena en costas en caso de desistimiento, según el Artículo 345 permiten concluir que el término desistimiento utilizado en él se refiere a un fenómeno típico, inconfundible, de perfiles perfectamente definidos en el Artículo 342: ".....la renuncia de las pretensiones... capaz de producir efectos de cosa juzgada, o de impedir el ejercicio de las mismas pretensiones por la misma vía procesal... incondicional y con capacidad de perjudicar sólo a la persona que lo hace..." todas ellas características que difieren notoriamente de las que distinguen al desistimiento, consagrado como condición para gozar de una amnistía tributaria (como el del Artículo 66 de la Ley 49/90).

Por las anteriores razones la Sala estima que no se causan costas en estos casos de desistimiento, debiendo negarse la pretensión a ellas a favor de quien no ganó la controversia en debate judicial, sino por voluntad del legislador para llenar una necesidad de orden en la Hacienda Pública y a cargo de la parte que no fue vencida en juicio, sino al contrato, satisfecha en su pretensión principal.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Revócase el inciso segundo del auto apelado, en el cual se condenó en costas a la parte actora que desistió.

En su lugar, se dispone que no hay lugar a condena en costas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Alfredo Lewin Figueroa*, Conjuez,

Jorge A. Torrado, Secretario.

CONDENA EN COSTAS/DESISTIMIENTO/ (Salvamento de voto)

La parte que desiste de la demanda debe ser condenada en costas puesto que ello no es un capricho del juez sino que es una prevención legal contenida en el estatuto procesal civil.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

REF: Expediente No. 3677.

Consejero Ponente : Dr. Jaime Abella Zárate

Al suscritor Consejero le fueron negados, al momento de dirimir el empate que presentó en la Sala , varios proyectos referentes al mismo asunto tratado en este expediente. Dicha negativa se presenta en el momento en que el señor Conjuez, sorteado al efecto toma partido en favor de la tesis sostenida por los consejeros que sostuvieron tesis opuestas a la definida por mi en los proyectos que me correspondió sustanciar. Por está razón, considero que para explicar mi salvamento de voto son útiles las motivaciones que se asigne en los proyectos negados y que a la letra dicen:

> " No encuentra la Sala de recibo los argumentos expuestos por la apelante para con base en ellos ordenar la revocación del auto apelado, ya que estima que el a-quo actuó con arreglo a la Ley al determinar que *la parte desiste de la demanda debe ser condenada en costas puesto previsión no es un capricho de juez sino que es una previsión legal contenida en el estatuto procesal civil* que es norma suplementaria de la Ley procesal administrativa.
>
> En efecto el Artículo 345 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del Código Contencioso Administrativo así lo dispone cuan-

do expresa y categóricamente reza que " siempre que se acepte un desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido".

Es evidente que en el caso presente no puede hablarse de que las partes hayan convenido otra cosa por cuanto precisamente fue una de las partes, la demanda , la que formuló la solicitud para que se adicionará el auto que aceptó el desistimiento con la condena en costas.

Por otra parte, la firmación de que no es aplicable de manera supletoria lo normado a este respecto el C. de P. C., porque dicha institución esta regulada por la norma especial del C.C.A. corresponde a una norma interpretación equivocada de la apelante por cuanto la regulación de incidente del destinamiento no está expresamente regulada en la norma procesal administrativa y la que debe ser aplicarse entonces es la citada disposición 345 del C. de P.C. que fue la que aplicó el tribunal.

Finalmente, para el caso no tiene relevancia el hecho de que el desistimiento haya obedecido a un condicionante que la Ley estableció para poder acogerse a una amnistía por cuanto nada se dijo en la Ley que lo estableció sobre la condena en costas y tampoco lo hizo la parte demandada dentro del proceso como ya se dejó dicho. Por el contrario, ya advirtió la Sala que es la misma parte demandada quien está solicitando la condena en costas".

Guillermo Chahín Lizcano

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto adhiere la doctora CONSUELO SARRIA OLCOS.

DEMANDA -Requisitos/**PARTES**-Designación/**DERECHO DE DEFENSA /EXCEPCIONES PREVIAS**

Como desde el momento de la contestación de la demanda, la entidad demandada formuló la excepción de inepta demanda al estimar que no cumplía con el Artículo 137 de C.C.A, al no designar la parte demandada tiene unos derechos sustanciales, no es menos cierto que también la parte demandada posee este tipo de derechos, los cuales puede oponer a las pretensiones del demandante como un medio de defensa, por esto si la parte demandada ha formulado excepciones como medio de defensa en la oportunidad debida y los hechos en que tales excepciones se fundamentan son ciertos y aparecen probados, no hay razón legal que pueda esgrimirse para desconocerle efectividad al medio de defensa así planteado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C. veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: Dr. *Guillermo Chahín Lizcano*

Ref: Expediente No.4191. Actor: Servicios Técnicos de Ingeniería Ltda. Apelación de la sentencia de 19 de marzo de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fallo.

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 19 marzo del año en curso, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta a cargo de la sociedad SERVICIOS TECNICOS DE INGENIERIA LTDA. S..T.I. LTDA. por el año gravable de 1.983.

do expresa y categóricamente reza que " siempre que se acepte un desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido".

Es evidente que en el caso presente no puede hablarse de que las partes hayan convenido otra cosa por cuanto precisamente fue una de las partes, la demanda , la que formuló la solicitud para que se adicionará el auto que aceptó el desistimiento con la condena en costas.

Por otra parte, la firmación de que no es aplicable de manera supletoria lo normado a este respecto el C. de P. C., porque dicha institución esta regulada por la norma especial del C.C.A. corresponde a una norma interpretación equivocada de la apelante por cuanto la regulación de incidente del destinamiento no está expresamente regulada en la norma procesal administrativa y la que debe ser aplicarse entonces es la citada disposición 345 del C. de P.C. que fue la que aplicó el tribunal.

Finalmente, para el caso no tiene relevancia el hecho de que el desistimiento haya obedecido a un condicionante que la Ley estableció para poder acogerse a una amnistía por cuanto nada se dijo en la Ley que lo estableció sobre la condena en costas y tampoco lo hizo la parte demandada dentro del proceso como ya se dejó dicho. Por el contrario, ya advirtió la Sala que es la misma parte demandada quien está solicitando la condena en costas".

Guillermo Chahín Lizcano

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto adhiere la doctora CONSUELO SARRIA OLCOS.

DEMANDA -Requisitos/**PARTES**-Designación/**DERECHO DE DEFENSA /EXCEPCIONES PREVIAS**

Como desde el momento de la contestación de la demanda, la entidad demandada formuló la excepción de inepta demanda al estimar que no cumplía con el Artículo 137 de C.C.A, al no designar la parte demandada tiene unos derechos sustanciales, no es menos cierto que también la parte demandada posee este tipo de derechos, los cuales puede oponer a las pretensiones del demandante como un medio de defensa, por esto si la parte demandada ha formulado excepciones como medio de defensa en la oportunidad debida y los hechos en que tales excepciones se fundamentan son ciertos y aparecen probados, no hay razón legal que pueda esgrimirse para desconocerle efectividad al medio de defensa así planteado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C. veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: Dr. *Guillermo Chahín Lizcano*

Ref: Expediente No.4191. Actor: Servicios Técnicos de Ingeniería Ltda. Apelación de la sentencia de 19 de marzo de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fallo.

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 19 marzo del año en curso, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta a cargo de la sociedad SERVICIOS TECNICOS DE INGENIERIA LTDA. S..T.I. LTDA. por el año gravable de 1.983.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Teniendo en cuenta la declaración de renta, sus anexos y la respuesta al Requerimiento ESPECIAL 644 DEL 13 DE AGOSTO DE 1986, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó la liquidación oficial No 1124, notificada el día 18 de noviembre de 1986.

Advirtió que si con el recurso la contribuyente desvirtuaba los rechazos habidos, su renta gravable se determinaría por el sistema especial de la comparación de patrimonios con desestimación de los pasivos.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la División de Recursos Tributarios a través de la Resolución 151 del 30 de noviembre de 1988, notificó la decisión oficial. . Negó las nulidades propuestas por notificación extemporánea de la liquidación de revisión y por desconocimiento de pasivos. La primera con fundamento en el Artículo 75 de la Ley 9 de 1983 y la segunda porque, entendió el fallador que la sociedad tuvo oportunidad de conocer las explicaciones sumarias que originaron el rechazo de los pasivos a través del requerimiento especial.

Aceptó por oportunas las pruebas aportadas al proceso, en relación con los pagos por concepto de honorarios por la suma de $ 3.346.352 y de los aportes parafiscales por $ 918.565. Esto es, mantuvo el rechazo de $ 239.618 no comprobados y por la misma razón las demás erogaciones inicialmente rechazadas.

Confirmó las sanciones. La prevista en el Artículo 27 del Decreto 80 de 1984, porque ésta se aplica sin perjuicio de que el contribuyente subsane las omisiones, según el Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982 y la inexactitud porque la adición de ingresos no fue desvirtuada.

Agotada la via gubernativa, el apoderado de la sociedad reclama ante la jurisdicción la nulidad de la operación administrativa y el " reconocimiento de las partidas desestimadas como costo, deducción y pasivos y exclusión tanto de la adición de la renta, como de las sanciones impuestas en los actos de la Administración". Concluye que no hay razón legal para modificar la liquidación privada presentada por su representada, radicada bajo el número 03459 del 3 de mayo de 1984.

Como normas violadas cita entre otras, la siguientes: Artículos 75 y 98 de la Ley 9 de 1983, Artículos 32,42.57 (No 2), Ley 52 de 1977, Artículos 15,45 y 124 del Decreto 2053 de 1974, Artículo 61 del Decreto 187 de 1975 y el Artículo 10 del Decreto 3803 de 1983.

Para respaldar sus afirmaciones y pruebas, finalmente solicita la práctica de un dictamen pericial con intervención de peritos (sic).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 19 de marzo del año en curso, por improcedente negó las nulidades propuestas y por incumplimiento del pago de retenciones en la fuente y la salvedad del contador que le impidió dar fe en la relación con las demás requerimientos, el beneficio de auditoría.

Mantuvo la adición de ingresos, porque no obstante la inspección contable y el consecuente dictamen pericial, la sociedad no logró desvirtuar que aquellos no lo fueron y en tal virtud son" susceptibles de producir incremento neto de patrimonio por cuanto fueron contabilizados produciendo un aumento de activo que bien pudo ser capitalizado".

Igualmente admitió como deducción los arrendamientos de inmuebles por cuantía de $ 716.000 porque ante la jurisdicción se allegó fotocopia del contrato de arrendamiento celebrado a partir del 2 de abril de 1983 con Luque Ospina y Cía. Ltda. así como el pactado con la Inmobiliaria Asociadas Ltda, a partir del 1 de marzo de 1981, ambos cuyos objetos fueron inmuebles y con el dictamen se acompañaron los respectivos soportes contables.

Entiende el *a-quo* que, con el recurso de reconsideración la empresa podía subsanar como efecto ocurrió, la falta de la relación de deducción por concepto de "servicios públicos", información que suministrada entonces, se corrobora en el dictamen con los correspondientes registros contables y documentos soportes y que acepta por la de $ 277.840. que fue la impugnada.

Finalmente admite la de deducción por aportes al Instituto de Seguros Sociales por $ 239.618 y la viabilidad de los pasivos por $ 15.631.728. Los primeros porque con el dictamen pericial se anexan fotocopias de las cuentas de cobro, con sello de cancelación unas y otras sin él y los comprobantes de egresos correspondientes al mes de diciembre de 1983, se observa el sello de pagado el 25 de enero de 1984 y un sello que dice : Paz y Salvo I.S.S Secc. Cundinamarca", documentos que se consideran suficientes para aceptar el saldo.

Y en cuanto a los pasivos advierte el Tribunal que, dentro del expediente aparece la indentificación de los acreedores y en cuanto a las sociedades extranjeras se anota que lo son sin domicilio y que el dictamen pericial da cuenta de que se encuentran registrados en las diferentes cuentas conforme a su origen.

Como se mantiene la adición de ingresos se ratifica la sanción por inexactitud originada por omisión y se confirma las sanciones por la no identificación de beneficiarios de pagos, pasivos y créditos de acuerdo a lo deducido. teniendo en cuenta lo estipulado por el Artículo 59 del Decreto 3803 de 1982.

LA APELACION

El apoderado de la parte demandada apela de la sentencia y pide se dicte un fallo inhibitorio o en su defecto se nieguen las súplicas de la demanda.

Estima que la prevalencia del derecho sustancial es aplicable siempre y cuando no entorpezca las previsiones de la Ley procedimental, que consagra condiciones y fija parámetros para la procedencia de una acción como finalidad concreta.

Con cita de varias providencias expedidas por esta Corporación concluye que, la decisión del Tribunal no se ajusta a derecho porque para el caso en discusión del tribunal no se ajusta a derecho porque para el caso en discusión, era indispensable la debía indentificación de la parte demandada porque es ésto lo que implica que se trabe la relación jurídica procesal.

En cuanto los hechos de fondo de la controversia, en relación con los salarios, prestaciones sociales, viáticos, cesantías, intereses, etc., estima que es equívoca la decisión del Tribunal porque la sociedad ni acreditó en la oportunidad debida estar a paz y salvo con el Instituto de Seguros Sociales, ni satisfizo la obligación de identificar a los beneficiarios de aquellos pagos, y menos haber efectuado la retención en la cuenta sobre los mismos.

Critica la sentencia porque aceptó los arrendamientos de inmuebles sin valoración de una prueba directa del hecho, partiendo de que la prueba inicial había sido mejorada, sin tener en cuenta que el dictamen no hace referencia a aquél.

Como la relación e indentificación de los beneficiarios de los pagos por concepto de servicios públicos, dice, se allegaron después de interponer el recurso de reconsideración la información fue extemporánea y por ende resulta improcedente la deducción.

No está de acuerdo tampoco con el reconocimiento de la suma de $ 239.618 por aportes parafiscales,ni del pasivo por valor de $ 15.631.728. Los primeros porque la contribuyente no demostró el pago oportuno de los mismo, además de que acepta como prueba documentos distintos al paz y salvo que es el exige la Ley. Y las deudas porque en la sentencia no es desvirtuada la argumentación esgrimida por la Administración para su rechazo y el dictamen parcial simplemente se refiere a su contabilización " Sin explicación alguna de la forma como esas cuentas afectadas y como aparecen en la contabilidad".

Por lo anterior solicita igualmente se mantengan las sanciones por inexactitud y por falta de indentificación de terceros beneficiarios con pagos, pasivos y créditos.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Con argumentos similares a los ya expuestos en las diferentes etapas del proceso, la apoderada de la dirección de Impuestos Nacionales, solicita la jurisdicción se declare inhibida para un pronunciamiento de fondo y en su lugar se revoque la sentencia apelada en los puntos desfavorables a la Nación.

De otra parte, el Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso ante Corporación, Doctor Jaime Ossa Arbeláez, pide se revoque la sentencia recurrida y se dinieguen las pretensiones de la demanda. No está de acuerdo con fallo inhibitorio, pero considera que no puede accederse a las peticiones de la sociedad por falta de prueba y de los documentos que para el efecto prescribe la Ley.

Para el reconocimiento de los salarios y viáticos era necesario, dice, que la contribuyente aportara no sólo la discriminación en los anexos de declaración de renta, de los nombres, apellidos e indentificación de los beneficiarios de los pagos o abonos en cuenta, sino también que allegara dentro de los seis meses siguientes al vencimiento del plazo para declarar, el certificado de paz y salvo con los entes parafiscales, entre ellos, el del Instituto de Seguros Sociales, requisitos que como el apelante, considera que la sociedad no cumplió.

Comparte igualmente las objeciones del recurrente, en cuanto a los arrendamientos pagados. No pueden reconocerse éstos, argumenta, porque el Artículo 62 del Decreto 3803 de 1982, estatuto que es anterior al Decreto 1512 de 1985, establece la retención sobre aquellos pagos, como también lo hace el Artículo 12 del Decreto 2026 de 1983.

Tampoco está de acuerdo con la aceptación de servicios públicos, aportes y pasivos. Los primeros porque la información al respecto fue aportada después de interponerse el recurso de reconsideración y los segundos, por las mismas razones que consignó frente a los salarios. En relación con los pasivos, admite que si bien es cierto en el dictamen pericial se hace referencia a ellos, no se conoce la realidad de los registros contables.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Observa la Sala que en el proceso que está a su estudio para decidir sobre la apelación formulada por la entidad demandada, el Magistrado ponente al admitir la demanda no hizo referencia especial a que la hubiera interpretado con el fin de admitirla, sino que simplemente se limitó a declarar que está cumplía formalmente con los requerimientos exigidos y que en consecuencia era admisible. Empero desde el momento mismo la excepción de la contestación de la demanda la entidad demandada formuló la excepción de inepta demanda al estimar que está no cumplía con el numeral 1 de l Artículo 137 del C.C.A. por cuanto designaba como parte demandada a un institución que no tiene capacidad para comparecer en juicio, Desde dicho momento procesal planteó como medio de defensa la solicitud para que el Tribunal se inhibiera de conocer de fondo el asunto por razón de la deficiencia anotada.

Posteriormente,en el alegato de conclusión en la primera instancia se insiste en que se dicte sentencia inhibitoria por razón de las deficiencias planteadas como expedición.

Luego en su visita de fondo el Fiscal 6º ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicita al Tribunal que se le de prosperidad a la excepción formulada por la parte demandada y que se profiera sentencia inhibitoria,

El Tribunal *a-quo*, aunque en la parte resolutoria no se pronuncia sobre las excepciones propuestas, ya que solo se ocupa en fallar de fondo el negocio, en la parte considerativa estima que aunque los hechos en que se funda la excepción son ciertos no deben tener prosperidad por virtud de lo dispuesto en el Artículo 228 de la Constitución sobre prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento.

Adicionalmente tanto en el recurso de la apelación como en el alegato de conclusión la entidad demandada insiste en su petición de obtener un pronunciamiento inhibitorio que amerite el medio exceptivo utilizado.

La anterior relación procesal sirve a la Sala para hacer hincapié en el hecho de que si dentro del proceso la parte demandante tiene unos derechos sustanciales, no es menos cierto que también la parte demandada posee éste tipo de derechos, los cuales puede oponer alas pretensiones del demandante con un medio de defensa válidamente consagrado por la Ley e indudablemente, de la misma estirpe y similar valor;

Por esta razón, considera la Sala que si la parte demanda ha formulado excepciones como medio de defensa al ataque de la demandante, y lo ha hecho en la oportunidad procesal debida, y los hechos en que tales excepciones se fundamentan son ciertos y aparecen aprobados en el expediente, no hay razón legal alguna que pueda esgrimirse para desconocerle efectividad al medio de defensa así planteado. Otorgarle la razón al demandante en estas circunstancias so pretexto de ampararle sus derechos equivale ni más ni menos que negarle al demandado los mismo derechos.

Por ello, en el caso presente la sala habrá de revocar la sentencia apelada y en su lugar, dándole prosperidad a la excepción de inepta demanda formulada por la demandada, pronunciar un fallo inhibitorio, manifestando que son ya repetidas las ocasiones en las cuales ha dado aplicación a está doctrina, para lo cual transcribe a continuación una de las providencias en que la ha sostenido:

> " Si bien la Sala en repetidas providencias ha considerado que la demanda puede interpretarse por el juez al momento de si admisión, y en lo tocante a la asignación de las partes ha sostenido que cuando de dicha interpretación y de la notificación que se haga a la parte demandada y de la actuación que ella realice dentro del proceso, se puede deducir que se cumple con el requisito de demanda en forma y que la omisión o el error del demandante, en tal caso, no ameritaría un fallo inhibitorio basado en la ineptitud sustancial de la demanda, también es cierto que en otras provi-

dencias ha sostenido la tesis de que cuando la entidad interesada, que no ha sido debidamente indicada como demandada, concurre al proceso y en la oportunidad debida plantea como excepción, esto es como medio de defensa, la indebida designación en que incurre el libel demandatorio, no puede, so pretexto de interpretación de la demanda o de saneamiento de la nulidad generada por ello, emitirse un fallo de fondo obviando la manifestación expresa del demandado de que concurre al proceso sólo para establecer que el contradictorio no fue debidamente entrabado. Si bien esta solución pudiera calificarse como de excesivamente rigorista, tiene a su favor el hecho de que se fundamenta en la protección del derecho de defensa de la parte demandada, que tiene la facultad legal de oponer a las pretensiones del demandante excepciones de todo tipo para inhibirlas o para diferirlas en el tiempo. El proceso es una sucesión de hechos a cuya formación contribuyen tanto las partes que demandan como las demandadas y el juez, y éste último debe velar por la garantía del derecho de defensa tanto de los demandantes como de los demandados.

Como en el caso presente está demostrado que el demandante incurrió en una falla en la designación de la parte demandada, por cuanto dijo demandar a la Nación Colombiana, representada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuando en realidad ha debido citar al Distrito de Bogotá, y éste , en la oportunidad debida, haciendo uso de su derecho de defensa, planteó como excepción dicha falla de la demanda, no cabía un interpretación del juez que desconociera la efectividad de tal medio de defensa, siempre y cuando que éste estuviera debidamente fundado. Es más, a lo largo del proceso y en todas las oportunidades en que ha sido posible el apoderado del Distrito Especial de Bogotá ha reiterado su petición propuesta. (Exp. No 4312. actor: German Morales e Hijos Ltda. Consejero ponente: Dr Guillermo Chahín Lizcano.)

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

1- Revócase la sentencia proferida por el tribunal Administrativo de Cundinamarca de 19 de marzo de 1992 dentro del juicio número 6926.

2- Declárese probada la excepción de inepta demanda.

3- Declárese inhibido para un pronunciamiento de Fondo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en sección de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

DEMANDA-Requisitos/**SENTENCIA INHIBITORIA**-Improcedencia/ (Salvamento de Voto).

La obligación contenida en el numeral 1o. del Artículo 137 del C.C.A. esto es, "la designación de las partes" no es un formalismo más, sino un requisito fundamental que necesariamente debe cumplir el actor, para que pueda entrabarse debidamente la relación jurídica que permita el juez dirimir la controversia entre las partes. Empero si el memorial omite o se equivoca en el cumplimiento de este presupuesto, no hay lugar a tomarla como causal de inhibición, cuando por notificación debidamente hecha al representante de la respectiva entidad gubernamental, ésta se notifica e interviene, porque la relación jurídico procesal se traba así sin mengua del derecho de defensa.

EXCEPCIONES PREVIAS/NULIDAD PROCESAL-Saneamiento/(Salvamento de Voto).

Con motivo de la entrada en vigencia del Artículo 68 del Decreto 2304 de 1989 que derogó el Artículo 163 del C.C.A. se admite a mi modo de ver dos interpretaciones: 1. Que produjo un vacío en el C.C.A. que se puede llenar con la regulación del procedimiento civil, contenida en el numeral 4o. del Artículo 99 del C. de P.C. que permite al juez ordenar al demandante subsanar los defectos contemplados en los Nos. 4, 5, 6 y 7 del Artículo 97 ibídem dentro de los cuales el de la demanda por incumplimiento de requisitos formales. 2. Aceptar que el procedimiento contencioso administrativo no admite las excepciones previas, pero en cambio debe reconocer y dar efecto a los sistemas previstos en el Código de Procedimiento Civil para sanear las nulidades que lo admiten, inclusive el mecanismo del Artículo 145 del C. de P. C.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ABELLA ZARATE.

Ref: Expediente No. 4191. Actor: Servicios Técnicos de Ingeniería Ltda. S.T.I. Ltda. Sentencia del 27 de noviembre/92. Ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Con mi acostumbrado respeto consigno a continuación algunas de las razones que me han movido a discrepar de mis compañeros de Sala en el siguiente tema, pues en el proyecto derrotado consideré que no cabía la inhibición del juez.

FALTA DE DESIGNACION DE LA PARTE DEMANDADA COMO DEFECTO FORMAL DE LA DEMANDA.

Estimo que si bien es cierto, en la demanda se incurrió en el error de no designar concretamente la parte demandada, también es que el Tribunal ejerciendo su facultad de Interpretar la demanda, no tuvo duda sobre las partes que integraban la litis y citó al Jefe de la División Jurídica de la Administración de Grandes Contribuyentes de Bogotá, como sujeto pasivo de la relación procesal y ésta se notificó e intervino en el proceso a través de su apoderado judicial, quien planteó tal hecho como excepción previa.

En varias oportunidades la Sala ha sostenido que "la obligación contenida en el numeral 1o. del Artículo 137 del C.C.A., ésto es, "la designación de las partes" no es un formalismo más, sino un requisito fundamental que necesariamente debe cumplir el actor, para que pueda entrabarse debidamente la relación jurídica que permita al juez dirimir la controversia entre las partes.

Empero, también ha dicho la Corporación que si el memorial omite o se equivoca en el cumplimiento de este presupuesto, no hay lugar a tomarla como causal de inhibición, cuando por notificación debidamente hecha al representante de la respectiva entidad gubernamental, ésta se notifica e interviene, porque la relación jurídico procesal se traba así sin mengua del derecho de defensa.

Este criterio lo aplicó la Sala aún dentro de la vigencia del Artículo 163 del C.C.A., en el cual estaba vedada la formulación incidental de los hechos constitutivos de excepciones previas, aunque sí era posible plantearlos como motivos de nulidad.

Esto, porque cuando el motivo no generaba nulidad absoluto, sino saneable según el Artículo 156 del Código de Procedimiento Civil (hoy 144), era susceptible de ser advertida previamente por el juez según el procedimiento previsto en el Artículo 157 *ibídem* (hoy 145) y en todo caso como lo determinaba esta norma "en cualquier estado del proceso, antes de dictar sentencia".

Si la anterior solución era viable en vigencia del Artículo 163 del C.C.A., con mayor razón puede adoptarse a partir del 7 de octubre de 1989 cuando fue expresamente derogado aquél por el Artículo 68 del Decreto 2304 de 1989.

Desafortunadamente en esta materia, la reforma de 1989 al Código Contencioso Administrativo se limitó simplemente a derogar la disposición que había sido parcial aunque fuertemente criticada, pero no la sustituyó por ninguna otra.

El significado de esta actividad del legislador extraordinario de 1989 admite a mi modo de ver dos interpretaciones:

1a. Que produjo un vacío en el C.C.A. que se puede llenar con la regulación del procedimiento civil, contenida en el numeral 4o. del Artículo 99 del C.P.C. que permite al juez ordenar al demandante subsanar los defectos contemplados en los Nos. 4, 5, 6 y 7 del Artículo 97 *ibídem*, dentro de los cuales cabe el de la demanda inepta por incumplimiento de requisitos formales.

Hoy con mayor razón cuando el Artículo 37 del Código de Procedimiento Civil obliga al juez a emplear sus poderes para "evitar nulidades y providencias inhibitorias", entre las cuales está precisamente el de dar trámite y solución anticipada de las excepciones previas, que no es materia incompatible con la naturaleza de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 267 C.C.A.).

2a. Aceptar que el procedimiento contencioso administrativo no admite las excepciones previas, pero en cambio debe reconocer y dar efecto a los sistemas previstos en el Código de Procedimiento Civil para sanear las nulidades que lo admiten, inclusive el mecanismo del Artículo 145 del C.P.C.. En virtud de éste y según los numerales 3 y 4 del Artículo 144 se ve que a pesar del vicio de la errónea citación de una persona actúa en el proceso, la nulidad se considera saneada...." si el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa".

En ambas posible soluciones no se trata de simple interpretación de la demanda por parte del juez, sino del cumplimiento de la obligación impuesta a éste en procura de la efectividad de los procedimientos.

JAIME ABELLA ZARATE

fecha ut. supra.

BONOS PARA DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA/VALOR NOMINAL/POTESTAD REGLAMENTARIA -Limites

El vocablo "nominal" cualquiera que sea lo que el mismo signifique en el contexto del decreto reglamentario, surge a primera vista como elemento ajeno al precepto del inciso 3o. del Artículo 17 de la Ley 6a. de 1992, que de hecho descalifica otra u otras alternativas de lo que a su turno en el contexto de éste debiera entenderse por "valor" y supuesto que el reglamento carece de facultad para restringir o ampliar los términos de la Ley reglamentada la infracción por simple confrontación directa es manifiesta. Por supuesto las consideraciones al carácter "nominalista" de la obligación civil, el demérito del valor real del crédito, o la naturaleza del poder adquisitivo de la moneda, no caben en un auto de la naturaleza del proferido por tratarse de cuestiones de fondo que solo tienen relevancia en el fallo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ref: RADICACION 4418. Nulidad y suspensión Provisional de los literales c) y d) del Artículo 2o. del Decreto 1132 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.
Actor: Camilo E, Ramírez Vaquero. A U T O .

Consejera Ponente: Doctora CONSUELO SARRIA OLCOS

Se decide la reposición que por conducto de apoderado, impetra el señor Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del auto de 9 de octubre de 1992, por el que se Decretó la Suspensión Provisional de las expresiones, "nominal" y "o en efectivo, entre el 1o. y 10o de noviembre de 1998 por la Institución Financiera determina en el

literal h)", ambas en el literal C) del Artículo 2o. del Decreto reglamentario 1132 de 1992.

La medida provisoria fue pedida, en acción pública, estimando el actor contrariado el Artículo 17 de la Ley 6a. de 1992 reglamentado, en cuanto éste había dispuesto que los Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI), de cuya suscripción forzosa trataba el mismo, se redimieran "por su valor" y solo "con el pago de impuestos, retenciones, sanciones y anticipos durante el año 1998", en tanto que el reglamentario ordenaba la amortización por su valor "nominal" y no únicamente por los amortización por su valor "nominal" y no únicamente por los pagos dichos, sino, alternativamente, "en efectivo", supuestos no contemplados por la Ley, como así lo halló la Sala, considerando que, tocante al valor, lo establecido por el reglamento implicaba consagrar una especie del genero, con adición de la Ley, y, referente a las modalidades de redención, una opción tampoco previsto por la Ley, así fuera en apariencia conveniente y favorable para el inversionista forzoso.

Sostiene el recurrente, en síntesis, que dado que en la práctica bursátil los bonos y títulos de deuda tienden, frecuentemente, a cotizarse por valores inferiores al nominal, donde el descuento reflejaría la tasa de interés de mercado prevaleciente para el deudor y el tiempo faltante de redención, el reglamentador no habría hecho otra cosa que "Aclarar" que los bonos fueron redimibles por su valor nominal, independientemente del importe de su adquisición, facultad que enmarcaría en la atribución conferida por el literal b) del Artículo 16 de la Ley 6a. de 1992 ("Decreto que autoriza la emisión y fije sus características financieras y de colocación"), y cuyo ejercicio en el caso no tendría el propósito de variar la naturaleza o cuantía de la obligación.

Asi mismo, que si bien "valor", en el derecho colombiano, es palabra que admite variadas especies, tratándose de pagar o cumplir obligaciones, no existen sino el "valor nominal" y el "valor real"; y que como lo que específicamente plantea el Artículo 17 de la Ley 6a. de 1992, es la redención de los Bonos para Desarrollo Social y seguridad Interna, es dentro de este marco que debe interpretarse el Decreto reglamentario impugnado, referido al "pago" de la obligación que incorporan los bonos, y no dentro de uno más general.

De otro lado, que el derecho colombiano, en materia del pago de obligaciones pecuniarias, es "absolutamente nominalista", supuesto el texto del Artículo 2274 del Código Civil ("si se ha presentado dinero, solo se debe la suma numérica enunciada en el contrato"), de modo que el pago de las obligaciones por su valor nominal, según se previó en el reglamento, con sujeción a la citada norma civil, aparte de que, siendo probable que "un préstamo plazo o largo plazo, en un contexto inflacionario, pierde capacidad adquisitiva", permitirán las disposiciones del mismo ordenamiento civil, convenir el pago en suma que exceda la numérica indicada.

Añade, que igualmente la jurisprudencia acepta que, en el incumplimiento del contrato, "la parte incumplida (sic) tiene derecho a una reparación que incluye la capacidad adquisitiva del crédito a su favor", situación también admitida en el campo de la responsabilidad extracontractual (sobre el particular, cita las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 9 de julio de 1979 y 24 de abril del mismo año). Pero que

tratándose de pagar obligaciones en dinero, "la regla del Artículo 2224 del Código Civil, sigue siendo obligatoria para el Gobierno, para los particulares y para los jueces.."

El actor, a su vez, se opone a la reposición solicitada, pues conforme al Artículo 152 del Decreto 01 de 1984 y la aplicación que del mismo habría hecho la Sala, la medida providencia en cuestión procedería por el mero hecho de que, de la simple comparación de las normas acusadas y la que se dicen violadas, se infiera la manifiesta infracción de éstas, debiendo desvirtuarse tal inferencia, pero no con argumentos referidos a distintos temas, propios de una decisión de fondo, que lo serían los esgrimidos por el actor, toda vez que si, como se acepta en el escrito de reposición, es posible negociar los BDSI por valor inferior al nominal, y el drecreto "aclara" que, precindiendo del valolr de adquisición, se reconozcan éstos por su valor nominal, "es precisamente la razón por la que se ataca la norma en la demanda y que para su decisión exige la previa consideración de lo que por "valor" quiso significar el inciso tercero del Artículo 17 de la Ley 6a. de 1992, análisis cuya improcedencia en la decisión de la Suspensión Provisional ya determinó la Sala.

Por otra parte, que si los BDSI representan un crédito contra fisco, no constituirán propiamente una obligación dineraria para el Estado, porque el crédito no se resolvería con el pago por éste de una suma líquida de dinero, "entendida como un género, sino por su recibo como especie para el pago de deudas fiscales.."

La amortización prevista por la Ley,. pues, no seria la común del pago resultante de un mutuo entre particulares, sino la señalada por la Ley, por valor sujeto a las condiciones financieras que estableciera el gobierno, en el marco del empréstito del que se desembolsó", de donde resultaría la inaplicabilidad de los preceptos indicados por el recurrente, cuyos razonamientos supondrían el examen de lo que por "valor" quiso establecer la Ley, que sería materia de un pronunciamiento de fondo.

Finalmente, advierte que aunque se pretende la revocación integra de la suspensión decretada, no se dan argumentos para que proceda en relación con la amortización de los BDSI en efectivo, debiendo mantenerse la decisión al respecto.

SE CONSIDERA

El vocablo "nominal", cualquiera que era lo que el mismo significa en el contexto del Decreto reglamentario, surge a primera vista como elemento ajeno al precepto del inciso 3o. del Artículo 17 de la Ley 6a. de 1992, que, de hecho, descalifica otra u otras alternativas (existentes en la actividad negocial o de mercado, según lo admite el recurrente) de lo que a su turno, en el contexto de ésta debiera entenderse por "valor", y supuesto que el reglamentador careos de facultad para restringir o ampliar los términos de la Ley reglamentada, la infracción, por simple confrontación directa, es manifiesta.

Por supuesto, como bien lo observa el actor, las consideraciones atinentes al carácter "nominalista" de la obligación civil, al demérito del valor real del crédito, o las variables del poder adquisitivo de la moneda, nó caben en una auto de la naturaleza del proferido, por tratarse de cuestiones de fondo que solo podrían tener relevancia en el fallo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

RESUELVE:

No se repone el auto impugnado.

El doctor ANTONIO JOSE MUÑEZ TRUJILLO tiene personería para actuar en nombre del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha,

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate*,

Jorge A. Torrado, Secretario.

BONOS PARA DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA/VALOR NOMINAL/PRESCRIPCION/POTESTAD REGLAMENTARIA

La suspensión provisional decretada no requirió la realización de ningún análisis profundo, sino que ella se fundamentó en que la Ley utilizó la expresión "valor" pura y simple, al paso que el decreto Reglamentario calificó esa expresión agregándole la denominación "nominal". Es evidente que las dos expresiones tienen un universo diferente. También se hace notorio que el ejecutivo al expedir el decreto 1132 de 1992, estableciendo la prescripción a la que ahora se hace referencia, antes que explicar lo dicho en la Ley, estaba sencillamente haciendo una interpretación de la misma cosa vedada al reglamento, pues esta función interpretativa se reverva para los jueces en el caso de aplicación de la Ley y para el Congreso de la República cuando ejerce la facultad de interpretar la Ley con autoridad. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los siguientes apartes del Artículo 1132 de 1992: a) En el literal c) del Artículo 2o., las expresiones "nominal" y la "obligación de pago contenida en los BDSI a cargo de la Nación prescribe el 31 de diciembre de 1998". b) En el inciso final del Artículo 3o. la expresión "antes de restar los descuentos".

IMPUESTO BASICO DE RENTA/IMPUESTO NETO DE RENTA/POTESTAD REGLAMENTARIA

Resultan canos los esfuerzos del impugnante para demostrar que la expresión "impuesto de renta" contenida en la Ley reglamentaria es igual a "impuesto de renta antes de restar los descuentos"; sin embargo olvida que la expresión utilizada por la Ley no fue la de "impuesto básico de renta". En otras palabras, que si el legislador habló de impuesto de renta, no podía el decreto reglamentario hablar de "impuesto básico de renta" puesto que son conceptos que jurídica y gramaticalmente tienen universo y alcance diferentes. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL

de los siguientes apartes del Artículo 1132 de 1992: a) En el literal c) del Artículo 2o., las expresiones "nominal" y la "obligación de pago contenida en los BDSI a cargo de la Nación prescribe el 31 de diciembre de 1998". b) En el inciso final del Artículo 3o. la expresión "antes de restar los descuentos".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta.. Santafé de Bogotá D.C. veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref.: Expediente No. 4379. Actor: Luis Guillermo Nieto Roa. Reposición contra el auto 9 de octubre de 1.992. AUTO.

Decide la Sala el recurso de reposición formulado por la parte demandada, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contra el auto del 9 de octubre de 1.992, por medio del cual la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió la demanda contra algunos apartes del Decreto 1132 de 1.992 y decretó la suspensión provisional de algunas expresiones normativas de tal reglamento.

LA IMPUGNACION

El Ministerio de Hacienda mediante apoderado especial, hace uso del recurso de reposición para solicitar que la Sala revoque el auto de la referencia en lo que atañe a la suspensión provisional decretada sobre algunos apartes de los Artículos 2o. y 3o. del Decreto Reglamentario 1132 de 1.992.

Clasifica sus argumentos para oponerse a la suspensión provisional cuya revocación solicita, en tres grupos, en relación con cada uno de los cuales discurre como a continuación se sintetiza:

1o.- Si bien es cierto que en el Derecho Colombiano la palabra "valor" es genérica y admite muchas especies, en material de obligaciones y cuando se trata del problema específico de la forma de pagarlas no existe sino dos alternativas: el valor nominal o el valor real. El Artículo 17 de la Ley 6a. de 1.992 planteó un tema específico y concreto, cual es el de la redención de los Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna y es dentro de ese marco que debe interpretarse el Decreto Reglamentario y no dentro de uno o más general. Teniendo en cuenta que los BDSI representan una obligación en dinero, el pago de las obligaciones implícitas en ellos no podía hacerse sino por su valor nominal como lo previó el Gobierno al expedir el Decreto 1132 de 1.992, ciñéndose a lo dispuesto en el Artículo 2224 del Código Civil que dispone que "si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato".

Agrega el recurrente que es probable que la persona que hace un préstamo en un contexto inflacionario pierda capacidad adquisitiva y que por eso el Código Civil

permite pactar que el pago consista en algo más que la suma numérica enunciada, pero cuando se trata de pagar oportunamente obligaciones en dinero la regla del Artículo 2224 del C.C. sigue siendo obligatoria para el Gobierno, para los particulares y para los jueces.

Manifiesta el memorialista que de la simple comparación de texto que la Ley manda para efectos de la suspensión provisional de una norma no puede colegirse que el texto reglamentario supera los límites fijados por la Ley, pues ello supone un estudio sobre normas de derecho civil y administrativo de cierta profundidad sobre la naturaleza de las obligaciones, las formas de pago de las mismas y el sentido del lenguaje que la Ley utiliza.

2o. Afirma el libelista que el actor y el auto recurrido no distinguen entre el período durante el cual la Nación tiene la obligación de aceptar los Bonos en pago de impuestos, retenciones, sanciones y anticipos y el período de caducidad de las acciones judiciales de que disponen sus acreedores en el evento de que la Nación no cumpla con esa obligación. Manifiesta que dentro del derecho de las obligaciones privadas al cual pertenecen los Artículos 2535 y 2536 del Código Civil una cosa es la nulidad de las acciones judiciales y otra la prescripción de las obligaciones.

Explica que la distinción entre unas y otras era necesaria porque a diferencia de lo que ocurre usualmente la obligación de pago a cargo de la Nación no se hará exigible en un día y momento determinado previamente establecido, sino durante un período y en el momento escogido por el tenedor de los bonos. Que finalizado el primer período aludido que va desde el 1o. de enero hasta el 31 de diciembre de 1.998 se produce una prescripción extintiva o liberatoria de la obligación y que al cabo de ese período el tenedor perderá el derecho al pago. Que el Decreto 1132 se limitó simplemente a hacer explícito lo que el Legislador dispuso.

Complementa su argumento afirmando que ni la Ley ni el Decreto disponen cosa alguna respecto a la caducidad de las acciones judiciales relacionadas con el pago de la obligación y explica que al cabo del período de caducidad lo que se pierde es el derecho a pedirle al juez que ordene el pago y a continuación expresa que las distinciones aludidas se advierten al considerar que para que el tenedor de los bonos tengan éxito en una eventual actuación judicial contra la Nación se requieren tres condiciones a saber: a) Que haya exigido a la Nación durante 1.998 el pago del bono. b) Que en respuesta a su solicitud haya obtenido un acto administrativo o una omisión administrativa que frustren su pago. c) Que si la Nación se negó a cumplir con su obligación, el tenedor del bono haya solicitado el pago ante el juez competente dentro del plazo previsto en las normas procesales.

Aduce de otra parte, que la frase "durante el año 1.998" contenida en la Ley indica sin lugar a dudas que los BDSI sólo se redimirán durante 1.998 y que después de ese año no será posible redimirlos y que eso mismo es lo que dispone el Decreto 1132 en materia de prescripción. Al agregar que todas las obligaciones se extinguen

por el pago del tiempo y que el legislador tiene la posibilidad de determinar en cada caso cuánto debe transcurrir para que opere este fenómeno. Plantea que el Decreto reglamentario sólo estaba señalado en esta materia lo que ya había a su turno señalado el legislador.

También en relación con este punto de la prescripción acusa al actor y al auto recurrido de confundir un problema de derecho administrativo con uno de derecho civil, lo cual surge desde la misma identificación de las normas que según el demandante fueron vulnerables por el Decreto 1132. Partiendo de la base de que la jurisdicción contencioso administrativa es rogada considera que ella debe limitarse a examinar las violaciones que señala el actor respecto de las normas específicas y de los conceptos precisos que éste indique y que no puede acceder a decretar una suspensión provisional o una nulidad si el actor no acierta al señalar las normas que se infringieron. Concluye diciendo que en este caso, para exigir a la Nación el cumplimiento de sus obligaciones las normas pertinentes no son los Artículos 2535 y 2536 del Código Civil sino los Artículos 85 y 136 del C.C.A.

Expresa como colofón de este segundo cargo contra el auto recurrido que el Gobierno no se excedió en el ejercicio de la facultad reglamentaria y que las normas que según el actor violó el Decreto, no son las que regulan el tema de las acciones judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones fiscales de la Nación, por lo cual no debe mantenerse la suspensión provisional que se impugna.

3o. Expresa el recurrente que cuando el Decreto 1132 de 1.992 adicionó a la expresión "Impuesto de renta" contenida en la Ley 6a. de 1.992 el aparte "antes de restar los descuentos" en nada modificó el contenido de la Ley y por el contrario lo que hizo fue darle mayor claridad. Tal afirmación la sustenta en una serie de expresiones que según su criterio surgen de una interpretación sistemática de la Ley. Dice que en el Decreto Tributario se diferencian los conceptos "impuesto de renta" o "impuesto básico de renta" del de "impuesto neto de renta" y que cuando se habla de los primeros se hace referencia al resultado de aplicar la tarifa a la renta líquida gravable. En cambio cuando se habla de "impuesto neto de renta" se está haciendo mención a la base que se obtiene después de restar los descuentos tributarios y es por eso que la Ley 6a. de 1.992 consecuente con lo establecido en las normas fiscales determina la base sobre la cual se debe liquidar tanto la contribución especial creada en su Artículo 11 como la inversión en BDSI creada en los Artículos 16 y 17.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Para efectos de resolver el recurso de reposición formulado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra el auto del 9 de octubre de 1.992, en cuanto dicha providencia decretó la suspensión provisional de algunos apartes de los Artículos 2o. y 3o. del Decreto 1132 de 1.992, la Sala analizará uno a uno los cargos planteados en el memorial de reposición:

El primer cargo se contrae a cuestionar la declaración de suspensión provisional respecto de la expresión "nominal" contenida en el literal c) del Artículo 2o. del Decreto acusado.

Como atrás se dijo, la entidad que formula el recurso plantea que en primer lugar, el Decreto no hizo cosa distinta que explicitar algo que ya estaba dicho en la Ley, por cuanto el pago de las obligaciones relativas a los BDSI no podía hacerse sino por su valor nominal y que, en segundo lugar, definir los aspectos relacionados con el pago de las obligaciones implica un análisis mucho más profundo que el propio de una suspensión provisional.

La Sala no comparte las apreciaciones del recurrente con relación a éste tema puesto que la suspensión provisional decretada no requirió la realización de ningún análisis profundo, sino que ella se fundamentó en que la Ley utilizó la expresión "valor", pura y simple, al paso que el Decreto Reglamentario calificó esa expresión agregándole la denominación de "nominal". Es evidente que las dos expresiones tienen un universo diferente.

El mismo memorialista admite en su alegato que "es cierto que en el Derecho Colombiano la palabra "valor" es genérica, y que admite muchas especies. Sin embargo en materia de obligaciones y cuando se trata del problema específico de la forma de "pagarlas" o de "cumplirlas" no existen sino dos alternativas del "valor nominal" (en las obligaciones en dinero) o el "valor real" (en las obligaciones del valor) (fl. 54).

Así las cosas no encuentra razón valedera la Sala, para reponer al auto recurrido y antes bien advierte que se hace patente la violación en que incurrió el Decreto Reglamentario al pretender que cuando la Ley se refería a "valor", no estaba haciendo alusión a "valor real", o a otro tipo de valor, sino precisamente al "valor nominal", que es el que adopta el reglamento demandado. Es claro para la Sala que si el legislador hubiera querido referirse a una especie determinada del concepto "valor" ha debido hacerlo así en el texto legal y de ninguna manera admisible que esa especificación se dejara o estuviera en manos del ejecutivo en desarrollo de su facultad reglamentaria, pues ello equivaldría a erigirlo en legislador.

El segundo cargo se ocupa en discutir la suspensión decretada en relación con el aparte del literal c) del Artículo 2o. que se refiere a la prescripción de la obligación de pago contenida en los BDSI.

El argumento fundamental de la entidad recurrente es el de que cuando la Ley habla de que la redención de los Bonos se efectuará durante "el año 1.998" estableció una prescripción de la obligación de pago contenida en dichos instrumentos y que el Decreto Reglamentario no hizo cosa distinta que explicitarla al disponer que la prescripción de la obligación acaecería el 31 de diciembre de 1.998. De igual forma se argumenta que tanto el actor como la Sala confudieron la prescripción de la obligación con la caducidad de las acciones judiciales y que ésto hizo además que se invo-

caran y se aplicaran normas no pertinentes al caso como son las del Código Civil, cuando han debido aplicarse los Artículos 85 y 136 del C.C.A.

Tampoco halla la Sala valederos los argumentos esbozados en la impugnación para justificar la revocatoria del auto recurrido y por el contrario, se consolida la fundamentación que se tuvo para decretar la suspensión provisional, puesto que se hace notorio que el ejecutivo al expedir el Decreto 1132 de 1.992, estableciendo la prescripción a la que ahora se hace referencia, antes que explicitar lo dicho en la Ley, estaba sencillamente haciendo una interpretación de la misma, cosa vedada al reglamento, pues esta función interpretativa se reserva para los jueces en el caso de aplicación de la Ley y para el Congreso de la República cuando ejerce la facultad de interpretar la Ley con autoridad.

Pretender que la expresión utilizada por el legislador en el Artículo 17, "se redimirán durante el año 1.998", significa que el contribuyente que no haga la solicitud para redimir el valor de sus bonos entre el primero de enero de 1.998 y el 31 de diciembre del mismo año pierde automáticamente su derecho de propiedad sobre la inversión realizada, no puede entenderse sino como el establecimiento en el derecho reglamentario, de una prescripción extintiva del derecho, si se mira desde el punto de vista del contribuyente, o de una prescripción extintiva de la obligación de pago, que a su turno comporta una usucapión de un derecho de propiedad por parte del Estado, lo cual no fue, indudablemente, previsto así en la Ley que se dice reglamentada.

Lo anterior es suficiente para estimar que éste cargo tampoco puede tener prosperidad.

Finalmente, el tercer cargo está dirigido contra la suspensión provisional de la expresión "antes de restar los descuentos" contenida en el inciso final de Artículo 3o. del Decreto demandado.

A juicio de la Sala resultan vanos los esfuerzos que hace el memorialista impugnante para demostrar que la expresión "impuesto de renta" contenida en la Ley reglamentada es igual a "impuesto de renta antes de restar los descuentos", que utiliza la norma reglamentaria. Para sostener tal cosa el recurrente argumenta que lo que el Decreto hace es utilizar el criterio definido por el legislador en diferentes normas tributarias como "impuesto básico de renta", el cual significa precisamente que se está señalando "al que se obtiene antes de restar los descuentos tributarios".

Olvida, empero, el libelista que la expresión utilizada por la Ley no fue la de "impuesto básico de renta", que en efecto puede significar el impuesto de renta que se obtiene antes de restar los descuentos tributarios, sino la genérica pura y simple de "impuesto de renta".

En otras palabras, que si el legislador habló de impuesto de renta, no podía el Decreto hablar de "impuesto básico de renta" puesto que son conceptos que jurídica y gramaticalmente tienen universo y alcance diferentes.

No prospera pues, el cargo que pretende invalidar la suspensión provisional decretada.

Por lo expuesto el Consejo de Estadò, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Confirmase el auto recurrido.

Reconócese personería al doctor Antonio José Nuñez Trujillo, para actuar como representante de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

BONOS PARA DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA/VALOR NOMINAL/SUSPENSION PROVISIONAL -Requisitos/(Aclaración de Voto).

La suspensión provisional procede cuando se da una manifiesta violación de una norma superior que se pueda percibir a través de una sencilla comparación de los textos de una y otra. En el presente caso era suficiente motivo la adición que hizo el reglamento del adjetivo "nominal" al concepto de "valor" utilizado por la Ley. Por ello considero que sobran las consideraciones adicionales a esta sola motivación relativas al significado, alcance o fundamento legal del término "nominal" que es tema para el debate y el fallo.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ABELLA ZARATE.

REF.: EXPEDIENTE No. 4379. ACTOR: LUIS GUILLERMO NIETO ROA. AUTO DEL 27 DE NOVIEMBRE DE 1.992. CONSEJERO PONENTE: DR. CHAHIN LIZCANO.

Aunque estoy de acuerdo con la parte resolutiva me permito aclarar mi voto en cuanto a uno de los temas tratados, en el siguiente sentido Reiteradamente ha sostenido esta Corporación que de conformidad con el texto legal que autoriza la suspensión provisional de los actos administrativos Artículo 152 del Decreto 1 de 1.984 (aún antes de la reforma que sufrió en 1.989 por el Decreto 2304 Artículo 31) que procede cuando se da una manifiesta violación de una norma superior que se puede percibir a través de una sencilla comparación de los textos de una y otra.

En mi concepto en el presente caso era suficiente motivo la adición que hizo el reglamento del adjetivo "nominal" al concepto de "valor" utilizado por la Ley.

Por ello considero que sobran las consideraciones adicionales a esta sola motivación relativas al significado, alcances o fundamento legal del término "nominal" que es tema para el debate y el fallo, oportunidad en la cual será necesario definir si del contexto de la Ley es posible o no añadir algún calificativo al concepto de valor, bien sea el de nominal, el de real u otro, para darle claridad y operancia a la Ley, obviamente sin contravenir su ordenamiento esencial. Pero este es precisamente el tema de controversia sobre lo cual no puede adelantarse ninguna conclusión en esta etapa.

JAIME ABELLA ZARATE

Santafé de Bogotá, diciembre 1 de 1.992.

JUEGO ELECTRONICO/SUSPENSION PROVISIONAL -Improcedencia/ **IMPUESTO A LOS JUEGOS PERMITIDOS**

Como de lo que se trata es de señalar el medio o instrumento que permite el acceso a los juegos electrónicos permitidos, tratando de abarcar todas aquellas posibles denominaciones que expresen lo mismo que los vocablos utilizados por el legislador de "boleta" o "tiquete", es lógico pensar que siendo el punto de vista gramatical la expresión "ficha" por ejemplo pudiera asimilarse a "boleta" o "tiquete" no se daría la violación de la norma legal, sino más bien una correspondencia entre el texto legal que utiliza ésta últimas y el Acuerdo que emplea la primera. Mucho menos podría entonces pretenderse que la violación aparece manifiesta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo Seccion Cuarta. Santafé de Bogotá D.C. veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref.: Expediente No. 4514. Actor: Luis Mario Duque contra Santa Fe de Bogotá. Apelación del auto del 28 de agosto de 1.992 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. AUTO

Decide la Sala sobre los recursos de apelación formulados por la parte demandada, el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, y por el Representante del Ministerio Público ante el Tribunal, contra el auto del 28 de agosto de 1.992, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió admitir la demanda y decretar la suspensión provisional de algunos apartes del Acuerdo 5 de febrero 21 de 1.992 del Concejo Distrital.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de nulidad el ciudadano Luis Mario Duque formuló demanda contra los Artículos 2o. y 5o. y el inciso 2o. del Artículo 7o. del Acuerdo 5 de febrero 21 de 1.992 del Concejo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá. Solicitó el demandante la medida de suspensión provisional por considerar que las normas acusadas violaban manifiestamente disposiciones superiores de carácter constitucional y legal a las cuales debía estar supeditado el referido Acuerdo.

EL AUTO APELADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca por intermedio de su Sección Cuarta produjo auto de admisión de la demanda y en él decretó la suspensión provisional de las expresiones "billete, ficha, moneda, dinero en efectivo y/o similares" contenidas en los Artículos 2o. 5o. y 7o. del Acuerdo 5 de 1.992, demandado.

Dijo el Tribunal para justificar la medida precautelativa que efectivamente se observa a simple vista que las normas demandadas contienen elementos distintos de los detallados en la Ley como son, "billete", "ficha", "moneda", "dinero en efectivo" y "similares", por lo cual no cabe duda que el Concejo se excedió en las funciones que le asigna la Constitución en el numeral 4o. del Artículo 313 que le obliga a votar los tributos de conformidad con la Ley. Esto porque la Ley (Ley 12 de 1.932 art. 7o. numeral 1) solamente se refiere a "boleta" o "tiquete".

LA APELACION

a) Del Ministerio Público.

El Procurador Tercero en lo Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca apeló del auto que decretó la suspensión provisional con el fin de obtener su revocatoria considerando que en ningún momento existe fundamento para que se produzca la medida provisional decretada.

Dice el apelante que el legislador en la Ley 12 de 1.932 creó el impuesto sobre el valor de cada boleta de entrada personal a cualquier clase de espectáculos públicos y por cada boleta o tiquete de apuesta en toda clase de juegos permitidos y que lo anterior implica que tanto la base gravable y la tarifa (10%) aparecen señalados en la Ley. Que en consecuencia lo que está haciendo el Concejo Distrital es precisar y adecuar el alcance de la Ley, en ejercicio de su potestad constitucional, en lo que toca con las palabras "boleta" o "tiquete" para fijar el impuesto atinente a la forma de apuestas en los juegos permitidos.

Como en 1.932, fecha en que se expidió la Ley que impuso el gravamen no existían en el país los desarrollos tecnológicos y electrónicos que hoy existen y la legitimación de las personas para participar en los juegos electrónicos se da mediante la adquisición de fichas, monedas o dinero en efectivo y no sólo a través de boletas

o tiquetes, se justificaba la medida del Concejo para explicitar y actualizar el contenido de tales vocablos.

b) De la parte demandada.

La Alcaldía de Santafé de Bogotá igualmente impugna el auto que decretó la suspensión provisional con el objeto de lograr que éste sea revocado, con base en las siguientes consideraciones:

a. El demandante cita como normas violadas unas y desarrolla el concepto de violación en relación con otras diferentes no invocadas como tales.

b. La contrariedad hallada por el a-quo no es manifiesta pues para formarse una convicción sobre la extralimitación del Acuerdo frente a la Ley, debe realizarse un estudio analítico deductivo sobre el significado de los términos de la Ley y el Acuerdo que no surge de la simple comparación de los textos y que supone argumentación de fondo propias de la sentencia.

c. Cuando el Concejo de Santafé de Bogotá expidió el Acuerdo no hizo sino designar los términos "boleta" y "tiquete" en el entendido de que había responsables del gravamen que pretendían disfrazar bajo otros vocablos los empleados con fines específicos por el legislador. No se puede desconocer que el diccionario de la Real Academia de la Lengua de da, por ejemplo, a la expresión "tiquete", luego de considerarla un vocablo regional, significado de "vale", "bono", "cédula", "recibo", "billete" y "boleto".

d. No puede perderse de vista que la Nueva Carta atribuyó en el Artículo 338 a los Concejos la facultad de fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los impuestos y lo que está haciendo el Concejo Distrital no es establecer un nuevo impuesto ni gravar los billetes, fichas, monedas o el dinero en efectivo o similares, como tales, sino en tanto den acceso a la ejecución de juegos permitidos con lo cual se define y desarrolla la Ley en los términos que la Constitución le permite a las entidades territoriales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No es, en verdad, para la Sala, verdad incontrastable el que haya una manifiesta violación entre el Artículo 7o. numeral 1) de la Ley 12 de 1.932 y las disposiciones suspendidas, pertenecientes al Acuerdo 5 de 1.992. Según se argumenta por los apelantes tanto la expresión "boleta" como la expresión "tiquete", tienen o pueden tener comunmente denominaciones entre las que pueden figurar algunas de las que utiliza el Acuerdo demandado como "billete", "ficha", "moneda" y aún otras que no aparecen expresamente especificadas. En el caso de lo que se trata es de señalar el medio o instrumento que permite el acceso a los juegos electrónicos permitidos, tratando de abarcar todas aquellas posibles denominaciones que expresen lo mismo que

los vocablos utilizados por el legislador de "boleta" o "tiquete". Es lógico pensar que si desde un punto de vista gramatical la expresión "ficha", por ejemplo pudiera asimilarse a "boleta" o "tiquete" no se daría la violación de la norma legal, sino más bien una correspondencia entre el texto legal que utiliza éstas últimas y el Acuerdo que emplea la primera. Mucho menos podría entonces pretenderse que la violación aparece manifiesta.

De otra parte y como lo afirman las apelaciones, realizar el análisis para determinar si se está modificando lo dispuesto por el legislador, implicando ello una variación en los elementos fundamentales del gravamen, requeriría un exhaustivo estudio analítico que no es propio de esta etapa procesal.

Lo anterior es a juicio de la Sala suficiente para darle prosperidad al recurso de apelación y proceder a revocar el auto proferido por el a-quo, toda vez que no encuentra que exista la violación ostensible invocada por el demandante y apreciada por el Tribunal en el auto que se revoca.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Revocase el numeral 2o. del auto del 28 de agosto de 1.992 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar se dispone no acceder a la solicitud de suspensión provisional.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO AL CONSUMO DE CERVEZA/BASE GRAVABLE

Fue voluntad del legislador que la base del cálculo del impuesto al consumo de cervezas de producción nacional fuera el precio de facturación en el lugar de producción para los agentes o distribuidores, por lo siguiente: 1. Porque el gravamen recaía exclusivamente sobre el consumo de cerveza (líquido) sin tener en cuenta gastos inherentes a su envasamiento y distribución; 2. Porque en el precio al consumidor, inciden otros costos, la utilidad de los intermediarios, las pérdidas del producto por derrame o roturas, con lo cual al liquidar el gravamen en el momento del consumo real se rompería el principio de igualdad de los contribuyentes. 4) Porque el precio que se fija en el lugar de producción no puede ser otro que el de facturación de la fábrica al distribuidor.

DEVOLUCION/CAUCION

Aunque la petición se formuló en forma un tanto general, es fácil comprender que se refiere al depósito exigido por el parágrafo del Artículo 1o. del decreto 189 de 1969 que constituyó para poder ocurrir ante la jurisdicción y cuyo pago hasta ahora identifica el actor con los correspondientes recibos de caja que obran en el expediente y que resulta procedente ordenar su reintegro como natural consecuencia de la anulación de las liquidaciones oficiales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.. Santafé de Bogotá, D.C., Diciembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

REF.: Expediente No. 4009. Actor: BAVARIA S.A. NIT. 60005224 Apelación

de la sentencia del 9 de octubre de 1991. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impuesto al consumo por los períodos correspondientes al mes de Diciembre de 1966, al mes de Diciembre de 1968. FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte demandante y la entidad demandada, contra la sentencia del 9 de octubre de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones formuladas por la sociedad BAVARIA S.A. NIT. 60.005.224, contra los actos administrativos mediante los cuales la Dirección General de Impuestos Nacionales determinó el impuesto al consumo de cervezas por los períodos correspondientes al mes de diciembre de 1966 al mes de diciembre de 1968.

ANTECEDENTES

La sociedad BAVARIA S.A., responsable del impuesto al consumo de producción nacional, presentó las declaraciones del impuesto por los veinticinco (25) períodos mensuales, ocurridos entre el mes de diciembre de 1966 al mes de diciembre de 1968, cuyo pago se efectuó a las entidades seccionales y a la Nación.

Con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, por parte de la sociedad responsable la Subdivisión de Investigación Tributaria de la Dirección de Impuestos Nacionales ordenó la práctica de inspección contable, tanto a la contabilidad de la contribuyente como a la de la sociedad Distribuidora Bavaria Ltda., por los períodos gravables en cuestión.

Con base en dichas actas, la Administración determinó mayores valores por concepto de impuesto al consumo de cervezas, considerando que la responsables determinó erróneamente la base gravable sobre la cual debía liquidar el impuesto y que ha debido cuantificar conforme a lo dispuesto por los Decretos 1665 de 1966 y 1922 del mismo año, sobre el precio que cobren las fábricas productoras, sus sucursales, agencias, filiales o distribuidoras, a los detallistas por el Artículo en el lugar de producción, y no únicamente sobre el valor fijado por la fábrica a sus distribuidores, o agentes vendedores.

En consecuencia produjo las liquidaciones de revisión No. R0002-V de enero 15 de 1969, R0014-V, R0013-V, R0012-V, R0011-V, R0010-V y R0017-V de febrero 11 de 1969; R0039-V, R0038-V, R0037-V, R0036-V, R0035-V, R0034-V de febrero 18 de 1969; R00100-V, R00101-V, R00107V, R00105-V, R00106-V, R00104-V, R00103-V, R00102-V del 24 de febrero de 1969, y R00108-V, R00120-V, R00121-V, R00122-V de mayo 21 de 1969, para los períodos mensuales de diciembre de 1966 a diciembre de 1969 respectivamente.

Contra dichos actos administrativos, la sociedad recurrió en reposición, recurso que fue fallado, previas inspecciones contables realizadas a solicitud del apoderado

de la sociedad, y para mejor proveer, de oficio, por la Dirección de Impuestos Nacionales.

El recurso de reposición fue fallado mediante las Resoluciones Nos. R001005-V, R00106V, R00107-V, R00108-V, R00109-V, R00110-V, R00111V, R00112-V, R00113-V, R00114-V, R00115-V, R00116-V, R00117-V, R00118-V, R00119-V, R001200-V, R00121-V, R00122-V, R00123-V, R00124-V, R00125-V, R00126-V, R00127-V, R00128-V y R00129-V, todas de abril 2 de 1986, mediante las cuales, la Dirección de Impuestos Corrigió la base gravable inicialmente cuantificada, con base en los factores establecidos en la última inspección ocular, descontando el impuesto ya pagado por la fábrica, las deducciones establecidas en la Ley, sin incluir las ventas exentas y excluidas, para considerar únicamente las gravadas y para corregir diferencias resultantes de aplicar los precios al detallista por docena con el número de docenas vendidas por marca o producto.

Con dichas resoluciones se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Acudió la sociedad BAVARIA S.A. en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acusando los actos administrativos mencionados de transgredir los Artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo 1665 de 1966 y los Artículos 1, 2 y 3 del Decreto Reglamentario 1922 de 1966, pues la base gravable para liquidar el impuesto al consumo de cerveza de producción nacional, la constituye el precio de fabricación que la fábrica fije para los distribuidores y agentes y no el que éstos fijen para los vendedores al detal, porque en éste ya se encuentran incorporados el impuesto ad valorem del 60% al consumo de las cervezas de producción nacional, los gastos de fletes y acarreo, la pérdida por roturas de envases y por derrame del líquido, la utilidad de los distribuidores o agentes o detallistas y los demás gastos administrativos, todos los cuales legítimamente aumentan el precio que debe cobrarse a los consumidores directos de la cerveza.

Invoca a su favor en el auto del 12 de febrero de 1968, Consejero Ponente doctor Jorge de Velasco Alvarez y el fallo del 26 de abril de 1979, Expediente 3494, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Actor, Cervecería Alemana.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca previa acumulación de los 26 procesos allí enumerados accedió a las súplicas de la demanda en lo relacionado con la determinación de la base gravable para la liquidación del impuesto del consumo de cervezas, atendiendo al concepto de su colaborador fiscal y al anterior pronunciamiento del mismo Tribunal, de julio 14 de 1966. En consecuencia anuló los actos acusados y determinó el impuesto al consumo de cerveza de producción nacional, conforme con las bases señaladas por el responsable en sus liquidaciones privadas. Pero nada dijo en relación con el punto tercero de las peticiones, encaminado a obte-

ner la devolución de la diferencia entre el impuesto depositado por la sociedad y el determinado por el Tribunal, "más los intereses legales a que hubiere lugar", según términos de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

a) De la Actora

Nuestra inconformidad con la decisión del a-quo únicamente en cuanto el Tribunal omitió resolver sobre la petición relativa "al depósito" que hizo la sociedad para acudir a la jurisdicción contenciosa, de conformidad con el parágrafo del Artículo 1 del Decreto 189 de 1969, equivalente al 7% del valor revisado, conforme con los recibos de caja que descrimina en el memorial de sustentación del recurso, y cuyo valor, afirma, asciende a la suma de $43.196.651.80.

Para sustentar la petición de reconocimiento de intereses, invoca el Artículo 863 del Estatuto Tributario.

b) De la demandada

Cuestiona la sentencia de primera instancia, manifestando que según se determinó en las actas de inspección contables levantadas en desarrollo de las visitas administrativas a la sociedad BAVARIA S.A., como a su DISTRIBUIDORA BAVARIA, encargada del traslado del producto a las diferentes partes del territorio de venta al detal, existían diferencias en relación con lo informado por la sociedad, dando como resultado la fijación de un mayor impuesto de acuerdo con la base gravable sobre la cual debe liquidarse el gravamen, conforme con lo dispuesto en los Artículos 1 y 2 del Decreto 1665 de 1966 y 1, 2 y 3 del Decreto Reglamentario 1922 de 1966. De acuerdo con los cuales la base de liquidación es el precio que cobran las fábricas productoras, en el presente caso BAVARIA S.A., sus sucursales, agencias, filiales o distribuidoras a los detallistas, por el Artículo envasado en el lugar de producción, y la base de liquidación será obviamente el precio de facturación señalado por el Artículo 2 del Decreto reglamentario 1922 de 1966.

Expone que si la norma reglamentaria en concepto del fiscal en la primera instancia, cuyo criterio acogió el Tribunal excedía los alcances de la norma reglamentada tal exceso en el requerimiento puesto que los Artículos 2 del Decreto 1655 de 1966 y 2 del Decreto 1922 de 1966, a que se refiere la fiscal son de un mismo contenido.

En el alegato de conclusión expone que disiente de la determinación a que llegó el Tribunal, puesto que de acuerdo con el Artículo 10 de la Constitución Nacional vigente entonces, el contribuyente debió obedecer el mandato de los Artículos 1 y 2 del Decreto Ley 1665 de 1966 y 1, 2 y 3 del Decreto Reglamentario 1922 de 1966. Y porque de acuerdo con el Artículo 27 del Código Civil, cuando el sentido de la Ley sea claro no se desatenderá su tenor con el pretexto de consultar su espíritu. A renglón seguido transcribe lo pertinente al Artículo 1 del Decreto 1665 de 1966 y del

Artículo 1 del Decreto Reglamentario 1922 de 1966, que considera correctamente aplicados en los actos administrativos, máxime si se tiene en cuenta que la sociedad que fija los precios del producto para los vendedores al detal de DISTRIBUIDORA BAVARIA, a quien BAVARIA S.A., vende directamente su producción. Explica cómo partiendo de esta facturación se determinó al fallar los recursos la base gravable excluyendo de ella el impuesto al consumo ya pagado por la fábrica y las deducciones establecidas en cada caso, subsanando así las omisiones y errores que presentaron las liquidaciones de revisión iniciales, en cuanto al desconocimiento de la resta del impuesto de que trata el Decreto 1665 de 1966, como de las deducciones por gastos.

Afirma por último, que al caso *sub-lite* no le afecta negativamente el contenido de la sentencia proferida por la Sala Plena el 26 de abril de 1979, con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, Expediente 3943, Actor Cervecería Colombo Alemana, porque en ella, aplicando los Artículos 1 y 2 del Decreto 1665 y 1, 2 y 3 del Decreto Reglamentario 1922 de 1966, se reconoce:

1) Que la base del impuesto es el precio de facturación en el lugar de producción.

2) Que el impuesto al consumo de cerveza debe liquidarse con base en el precio de facturación al detallista ya sea que la facturación la haga la fábrica o un distribuidor mayorista.

3) Que la base no debe incluir el valor del tributo.

4) Que la base no incluye otros costos variables.

Requisitos que se cumplieron cabalmente por la Administración en las liquidaciones oficiales como en las liquidaciones modificatorias de éstas, como puede constatarse en los antecedentes administrativos.

Que la sentencia de la Sala Plena al resolver la súplica extraordinaria contra el fallo de la Sección Cuarta lo revocó porque dentro de la liquidación administrativa se incluyeron el valor del impuesto y los demás costos (fl 2 cdno. # 1), mientras que en el caso que se estudia estas inconsistencias, si bien fueron cometidas en las liquidaciones de revisión, fueron corregidas en los fallos que resolvieron los recursos interpuestos contra ellas en la vía gubernativa.

Se opone a la solicitud del apelante sobre reintegro del depósito efectuado, porque los actos administrativos practicados son legales y en consecuencia al quedar en firme, los pagos a título de depósito no pueden ser devueltos, en razón de que deben imputarse como parte de pago de los mayores valores liquidados, que no han sido cancelados por la sociedad. Y que en el evento de que los actos administrativos no se confirmaren, no procede el reconocimiento de intereses con base en el Artículo 863 del Estatuto Tributario, invocado, porque ni el Decreto 189 de 1969, ni las demás normas especiales

sobre el impuesto al consumo de cerveza consagran derecho alguno a favor del contribuyente para reconocimiento de intereses sobre el porcentaje del 7% que cancela como depósito para poder ocurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Pide se revoque la sentencia y se confirmen los actos acusados.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en este juicio por el Procurador Tercero Delegado ante lo Contencioso, no presentó alegato en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Trámite

Deja constancia la Sala que la mayor parte del tiempo que ha llevado este proceso transcurrió en la vía gubernativa la cual se inició en el mes de octubre de 1968 con las visitas a la empresa y culminó 18 años después en abril de 1986 con la notificación de las resoluciones que resolvieron los recursos. La etapa contenciosa se inició en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en agosto de 1986 y terminó en el mes de diciembre de 1991 con el envío para decidir el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que se atiende a continuación.

1) Apelación de la entidad demandada

La síntesis de la controversia de las dos partes radica en la determinación de la legalidad de los actos acusados frente a la interpretaciones encontradas en los Artículo 1, 2 y 3 del Decreto Extraordinario 1665 de 1966 y 1, 2 y 3 del Decreto Reglamentario 1922 de 1966.

El Decreto 1665 de 1966, expedido por la Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por el Artículo 121 de la Constitución Nacional, rigió la materia hasta el mes de febrero de 1969, en el cual fue derogado expresamente por el Artículo 26 del Decreto Extraordinario 190 de 1969. Estableció aquel Decreto un impuesto ad Valórem sobre el consumo de cervezas de producción nacional, cuyos Artículos 1 y 2 fijaron el hecho generador del impuesto, el responsable, el período y la base gravable, en los siguientes términos:

> "Artículo 1.- A partir del 1 de julio de 1966, el impuesto al consumo de cervezas de producción nacional, cualquiera que sea su clase, envase, contenido y presentación, se liquidará ad-Valórem, a razón del 60% del precio de facturación, que las fábricas productoras fijen para los distribuidores o agentes.

PARAGRAFO. El 60% de que trata este Artículo se distribuye en la siguiente forma: 52% para las entidades seccionales y el 8% para la Nación, correspondiente al impuesto sobre las ventas de conformidad con las normas que lo rigen y en cuanto no sean contrarias a este Decreto.

"Artículo 2.- Para los efectos del Artículo anterior, se entiende por precio de facturación el que, sin incluir el impuesto de que trata este Decreto, cobren los productores, sus sucursales o agencias, o compañías subsidiarias filiales o distribuidoras, así sean esta jurídicamente independientes de las casas principales, por el Artículo envasado, a los vendedores al detal o directamente a los consumidores liquidado en el lugar de producción.

"Cuando el envase no sea recuperable, como en los casos de envases de cartón, enlatados, etc., se descontará su valor".

Fue reglamentado por el Decreto 1922 de 1966 (julio 25) y el Decreto 2338 del mismo año.

Ciertamente los Artículos transcritos adolecían de cierta contradicción, pues mientras el primero de ellos señala como base gravable el precio de facturación, que las fábricas productoras fijen para los distribuidores o agentes, el segundo señala que el precio de facturación está constituido, por el que, sin incluir el impuesto de que trata el Artículo 1, es decir antes de liquidar el impuestos ad-valórem del 60%, cobre el productor directa o indirectamente, por el producto envasado a los vendedores al detal o a los consumidores, liquidado en el lugar de su producción, descontando los costos por envase no recuperable. Este hecho dio lugar a que en la determinación de la base gravable se suscitaran las posiciones encontradas entre la administración y los contribuyentes que se han debatido en este y otros procesos ya culminados.

Un estudio armónico de las normas involucradas en la controversia permite deducir que fue voluntad del legislador, que la base para el cálculo del impuesto fuera el precio de facturación, en el lugar de producción para los agentes o distribuidores, por las siguientes razones:

1) Porque así lo dijo expresamente el Artículo 1.

2) Porque el gravamen recaía exclusivamente sobre el consumo de cerveza (líquido) sin tener en cuenta gastos inherentes a su envasamiento y distribución. Especialmente porque preveía la Ley la obligación de descontar el valor del envase no recuperable en razón de que el envase reutilizable no hace parte del precio.

Si bien el Artículo 2, se refería al precio de facturación de los distribuidores al minorista o detallista, pero simultánemante especificaba no incluir el impuesto *ad-valórem*, ni otros costos por concepto de envases no retornables, necesariamente hacia mención a aquella facturación que no los comprende, es decir, el precio del producto al distribuidor que aún no contenía el impuesto *ad-valórem*, ni los costos por

ventas o distribución y no el precio que se da al minorista o detallista que ya tiene incorporado dicho gravamen, la utilidad de éste, los costos por envases, roturas, etc.

Pues en ningún momento la Ley, entonces vigente, estableció que el impuesto al consumo correspondiera al tipo de gravámenes de "valor agregado", como lo establece el actual régimen del impuesto sobre las ventas. Sistema en el cual sería admisible la liquidación del impuesto sobre el precio de facturación de la cerveza al comerciante minorista o detallista, excluyendo el previamente liquidado por el productor.

3) Porque en el precio al consumidor, inciden otros costos, la utilidad de los intermediarios, las pérdidas del producto por derrame o roturas, etc., con lo cual al liquidar el gravamen en el momento del consumo real, por efectos del valor agregado en el precio final, se rompería el principio de igualdad de los contribuyentes frente a la Ley, y se haría incontrolable su manejo.

4) Porque el precio que se fija en el lugar de producción no puede ser otro que el de facturación de la fábrica al distribuidor, pues el de facturación de éste al minorista, por lo general no corresponde al sitio de producción que es el indicado por la Ley, sino al de consumo u otro.

5) Porque en el precio al minorista se incluye el costo de los envases y otros gastos atribuibles para poner el producto en el lugar de expendio que la Ley no gravó expresamente con este impuesto.

6) Porque de acuerdo con el contenido del Decreto Reglamentario 2338 de 1966, (septiembre 14) Artículo 1, el gravamen debía ser liquidado por las empresas productoras de cervezas y se causaba con la entrega del producto al distribuidor y debía pagarse dentro de los 15 días siguientes a su causación. Término que sería o podría ser imposible de cumplir si el gravamen se liquidara no por el productor (como sucede en este caso), sino por el distribuidor en el momento de la venta al detallista o minorista, el cual podría acaecer después de vencidos 15 días señalados por el reglamento.

En resumen, en vigencia del Decreto Legislativo 1665 de 1966, y su reglamentario 1922 del mismo año (julio 25), el impuesto debía liquidarse de acuerdo con el precio de facturación de la sociedad productora a la distribuidora y no el de ésta a sus compradores comerciantes minoristas, pues el impuesto se causaba en el lugar de producción en el momento de expedir la factura mediante la cual las fábricas o productoras fijaban el precio para el distribuidor, quienes debían liquidarlo, y su pago debía satisfacerse a los 15 días de su causación (Artículo 1 Decreto 2338 de 1966).

Que la base de liquidación del gravamen ad-valórem para el consumo de cerveza estaba constituida por el precio de facturación del fabricante al distribuidor, lo precisó la Sala Plena de la Corporación, cuando al conocer del recurso extraordinario de súplica contra la sentencia proferida el 12 de diciembre de 1977, Expediente 3943 de la Sección Cuarta, que consideró que el impuesto al consumo de cerveza se liqui-

daba con la base en el precio de la facturación al detallista que rija en el lugar de ubicación de la fábrica, anuló dicha sentencia de la Sección Cuarta expresando en resumen las siguientes razones:

> ..."3a.) Las consideraciones de la Sala. La Sala Plena, como Tribunal de instancia, procede a resolver el recurso de apelación y, tras examinar la sentencia del tribunal, considera que debe ser confirmada, porque, de conformidad con lo prescrito por los Artículos 1 y 2 del Decreto 1665, 1, 2 y 3 del Decreto 1922 de 1966, aplicables al caso sub-judice, estimó que *la base de liquidación está constituida por el precio de facturación del fabricante al distribuidor en el lugar de producción*, indicado en las actas de visitas, sin incluir el valor del tributo, y porque, con fundamento en este criterio que, como expresa, es el único cierto, en cuanto *no incluye otros costos variables que se reflejen en el precio al consumidor*, determinó el valor de los impuestos de consumo de cerveza de producción nacional que la sociedad demandante debe pagar por concepto de los veinticuatro meses comprendidos entre enero de 1967 y diciembre de 1968." (Subraya la Sala).

Observa la Sala que esta sentencia, (salvo lo concerniente al mes de diciembre de 1966), comprende los mismos períodos de enero de 1967 a diciembre de 1968, por el mismo concepto de impuesto al consumo de cervezas y decidió con base exactamente en las mismas normas que han sido objeto de discrepancia en este proceso, por lo que, no haya razón para que la Sala se aparte de los planteamientos allí formulados sino que antes bien, los reitere en esta oportunidad plenamente.

Por lo anterior, las objeciones a la sentencia expuestas en el recurso de apelación no ameritan su modificación por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia que anuló las liquidaciones practicadas por la Administración, pues la cuantificación de la base gravable del impuesto ad-valórem sobre el consumo de cervezas, correspondientes a los períodos *sub-lite*, se regían por lo señalado en el Decreto Legislativo 1665 de 1966 y sus reglamentarios 1922 y 2338 de 1966, con base en el precio de facturación de la fábrica al distribuidor en el lugar de producción. Respalda esta decisión el concepto de la señora Fiscal Tercera ante el Tribunal, para quien no obstante encontrar la norma legal 'clara y precisa' recomienda adoptar como criterio predominante el expresado por el Consejo de Estado en varios fallos a través del tiempo (agosto 12 de 1988 - Concepto de la doctora Ana Margarita Olaya de Obando). Pero se agrega, que precisamente ante los tropiezos que sufrió la liquidación y el recaudo del impuesto por la doble interpretación de las normas anotadas para la determinación de la base gravable, el Congreso de la República por medio de la Ley 48 de 1968 Artículo 2 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para que fijara "una base impositiva y clara, que dé completa certeza para la liquidación del impuesto e impida la evasión fiscal".

En desarrollo de dichas facultades el Gobierno dictó el Decreto Legislativo 190 de 1969 (febrero 13) en el que entró a regular, de manera total, el régimen de liquidación, administración y recaudo del impuesto al consumo de cervezas, su causación, los sujetos responsables del pago del tributo, la base gravable, para cuyo cálculo determinó que el impuesto sobre el consumo de cerveza se calculara con base en el

valor de facturación al detallista en el lugar de expendio para lo cual indicó los factores que debían cumputarse y a los cuales quedaba sujeta la Superintendencia Nacional de Precios "al establecer los que deben regir para el detallista".

Este Decreto entró a regir el 13 de febrero de 1969 y en forma expresa derogó al Decreto 1665 de 1966 por el cual, la interpretación que de este último hizo la Sala Plena en Diciembre 12 de 1977 y que ahora acoge la Sección, en nada se refieren al régimen legal adoptado con posterioridad o al que pueda estar vigente.

2) Apelación de la actora

El recurso de la empresa tiene por objeto que la Sala resuelva sobre la petición relativa a la devolución o reintegro que la Nación, a través de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá o la entidad que la haya sustituido, debe hacer a la demandante de conformidad con el Artículo 1 parágrafo del Decreto 189 de 1969, suma que concreta en la apelación a $43.196.651.80, más los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar de conformidad con el Artículo 863 del Estatuto Tributario.

Observa la Sala que la demanda (que es del 4 de agosto de 1986). dentro del numeral 3 del acápite de peticiones, dijo (fl. 221)

> "Que se ordene al Tesoro Nacional, por conducto de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, dentro del plazo que ese Tribunal ha de señalar reintegrar a Bavaria S.A., la diferencia entre el impuesto pagado por la sociedad y lo que legalmente le corresponde con la nueva liquidación, más los intereses legales a que haya lugar".

Aunque la petición se formuló en forma un tanto general, es fácil comprender que se refiere al depósito exigido por el parágrafo del Artículo 1 del Decreto 189 de 1969 que constituyó para poder ocurrir ante la jurisdicción y cuyo pago hasta ahora identifica el actor con los correspondientes recibos de caja que obran en el expediente y que resulta procedente ordenar su reintegro como natural consecuencia de la anulación de las liquidaciones oficiales.

Pero con relación a la pretensión adicional de reconocimiento de interés se observa que según el Artículo del Código Contencioso Administrativo, las declaraciones distintas ala de la nulidad deben individualizarse, anunciándose clara y separadamente. Esta Independencia de la prestación adicional, aunque desde luego debe tener relación con la principal, para no caer en la indebida acumulación de prestaciones, implica necesariamente sustentarla con indicación de las normas en que se apoya.

Desde este punto de vista no podrá dársele despacho favorable al reconocimiento de ..." Intereses legales a que haya lugar", porque la solicitud presentada en la demanda no tuvo ninguna sustentación.

Por otra parte, si se interpreta la demanda como apoyada en el Artículo 140 del Código Contencioso Administrativo, vigente cuando se presentó y que regulaba el reintegro de los depósitos constituidos para demandar ante esta Jurisdicción, resulta hoy inaplicable en virtud de la inexequibilidad de esa parte del Artículo 140 que fue decretada por la Corte Suprema de Justicia en fallo del 25 de julio de 1991 (Expediente No. 2273).

La invocación del Artículo 863 del Estatuto Tributario (hoy Art. 44 Ley 49 de 1990), como fundamento legal de la solicitud de reconocimiento de intereses que formula la actora en memorial de apelación de la sentencia de primera instancia, procesalmente es a todas luces extemporánea y por ende no puede tener en consideración.

Procede por lo tanto contemplar la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 9 de octubre de 1991, para ordenar a la Dirección de Impuestos Nacionales (Hoy Unidad Administrativa Especial) efectuar el reintegro del depósito consignado por la sociedad contribuyente por valor de $43.196.651.80 conforme al parágrafo del Artículo 1 del Decreto 180 de 1969 y según los recibos de pago que obran en el proceso.

Los recibos son:

Período: Diciembre de 1966		
Expediente # 5256 (fls. 33 y 34)		
Recibo L. 658981 del 18 de septiembre de 1970	$1.669.577.67	
Recibo A. 257109 del 18 de septiembre de 1970	$1.669.577.67	$3.339.155.34
Período: Enero a junio de 1967		
Expediente # 5282 (fls. 28 y 29)		
Recibo A. 257618 del 24 de septiembre de 1970	$6.202.633.74	
Liquidaciones de revisión #010-011-012-013-014 y 017 febrero 11 de 1969		
Recibo L. 659471 septiembre 24 de 1970 para las mismas liquidaciones de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 1967.	$6.202.633.74	$12.405.267.48
Período: Julio a Diciembre de 1967		
Expediente # 5288 (fls. 28 y 30)		
Recibo A. 257644 del 26 de septiembre de 1970	$6.814.349.73	
Liquidaciones de revisión #0039, 0038, 0037,		

0036, 0035 y 0034 febrero 18 de 1969		
Recibo L. 6660213 septiembre 25 de 1970	$6.814.349.73	$13.628.699.46
Liquidaciones 0034 a 0039 de febrero de 1969		
Período: Enero a septiembre de 1968		
Expediente # 5269 (fls. 29)		
Recibo 258119 de noviembre 5 de 1969	$9.718.556.43	$9.718.556.43
Liquidaciones 00100 a 00108		
Período: Octubre a diciembre de 1968		
Expediente # 5298 (fls. 29)		
Recibo A. 261530 de diciembre 19 de 1969	$4.104.973.09	$4.104.973.09
TOTAL	**$43.196.651.80**	

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. *CONFIRMANSE* los numerales 1, 2 y 3 de la sentencia apelada.

2. *ORDENASE* a la Unidad Administrativa Especial de Impuestos Nacionales, restituir a la sociedad BAVARIA S.A. Nit. 60.005.224 la suma de CUARENTA Y TRES MILLONES CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA UN PESOS CON 80/100 ($43.196.651.80), conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

CUENTA CORRIENTE DEL IVA/LIBROS DE CONTABILIDAD

Puede que el procedimiento contable adoptado por la actora no distorsione la cuantía a favor de la sociedad, no obstante el saldo débito de la cuenta corriente a nivel de los libros principales, no resulta de la imputación contable de los asientos créditos por el impuesto generado por las operaciones gravadas y de los impuestos a que se refieren el Artículo 16 del Decreto 3541 de 1983 literales a) y b), y del débito por los impuestos descontables a que se refieren los literales a) y b) del Artículo 14 ibídem, como lo exige el Artículo 41 del mismo Decreto, sino de la sumatoria de los saldos de las cuentas auxiliares de manera tal que no es posible determinar con base en una cuenta mayor del IVA, que el saldo allí consignado corresponde a la aplicación total de las operaciones crédito y débito en la misma cuenta.

CONTABILIDAD-Valor Probatorio/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

La contabilidad en materia del impuesto sobre la renta constituye un elemento probatorio primordial para la determinación de la base imponible, pero a falta de ésta, costos y gastos deducibles, entre ellos algunos impuestos, por ejemplo: Industria y Comercio, pueden cuantificarse por medios directos de prueba, como son los documentos privados del propio contribuyente o de terceros, como los recibos oficiales de pago y así mismo los ingresos y gastos pueden calcularse o por medios indirectos. No sucede lo mismo en el caso del Impuesto sobre las Ventas en donde la función de la contabilidad no es simplemente servir de medio de prueba, sino que constituye un elemento esencial, inherente a la determinación del tributo cuya cuantificación resulta de los asientos débitos y créditos correcta y oportunamente registrados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Ref: Expediente No. 4205. Actor: LABORATORIOS AYERST HORMONA S.A. NIT 60.002.385. Apelación de la sentencia de Abril 2 de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Devolución ventas VI Bimestre de 1984. FALLO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 2 de Abril de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad LABORATORIOS AYERST HORMONA S.A. NIT 60.002.385, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, le negó la devolución del saldo a favor del impuesto sobre las ventas correspondientes al VI Bimestre de 1984.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó el 30 de Enero de 1985 la declaración del impuesto sobre las ventas, correspondiente al sexto bimestre del año gravable de 1984, en la cual consignó un saldo a favor por valor de $1.559.383, cuya devolución solicitó el 14 de Marzo de 1985.

Mediante la Resolución #00379 de Abril 15 de 1985, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, negó la devolución pedida en razón de que practicada inspección contable administrativa a la sociedad encontró que la responsable no llevaba la cuenta mayor del "Impuesto a las ventas por pagar", ordenada por el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 y que tampoco dio cumplimiento a los exigido en el parágrafo 2 del Artículo 9 del Decreto 1813 de 1984, toda vez que no efectuó el ajuste a cero (0) del impuesto a las ventas por pagar.

Contra dicha resolución la sociedad contribuyente interpuso recurso de reposición, en el cual adujo que sí llevaba la cuenta mayor o de balance denominada impuesto a las ventas por pagar codificada con el No. 10270 o con tres subcuentas correspondientes a los impuestos descontables del 15%, 10% y otras tarifas, y que sí ajustó la cuenta "a cero" abonando dicha cuenta por un valor igual al saldo débito que arrojó la misma en el último día del bimestre, con cargo a cuentas por cobrar. El recurso fue fallado mediante la Resolución #0047 del 10 de Marzo de 1987, con confirmación de la resolución recurrida.

LA DEMANDA

En desacuerdo, la contribuyente acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, acusando al acto administrativo de incurrir en violación del Artículo 28 del Decreto 3541 de 1983, el cual ordena que los productores de bienes exentos de que trata el Capítulo XVI, tienen derecho a devolución, adujo nuevamente, que si llevaba la cuenta mayorizada del impuesto a las ventas por pagar y que para demostrar su ajuste a cero (0), con el recurso de reposición envió fotocopia auténtica de la hoja #0998 del Libro Diario, de cuyo análisis se puede establecer que la cuenta impuesto a las ventas por pagar No. 1027, subcuentas 1027-1; 1027-2 y 1027-3 tuvo créditos en el sexto bimestre de 1984 por $1.559.383, circunstancia que fue comprobada mediante certificado del revisor fiscal, anexo al recurso.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia del 2 de Abril de 1992, denegó las súplicas de la demanda al considerar que el cargo de violación del Artículo 28 del Decreto 3541 de 1983 no estaba llamado a prosperar, si se tenía en cuenta que la sociedad contribuyente para el período discutido no llevaba una cuenta mayor o de balance denominada "Impuesto a las ventas por pagar", en el cual debía contabilizar exclusivamente el impuesto a las ventas, puesto que proceder en forma diferente sencillamente era distorsionar los formalismos legales, máxime si se tenía en cuenta que la norma tributaria en ese punto era clara y explícita, agregando que de aceptar un sistema diferente al señalado en la Ley equivale a que ella sea superada por voluntad de los contribuyentes y que por tal razón no eran de recibo las conclusiones de la prueba pericial practicada en dicha instancia, ni las demás pruebas aportadas por la demandante en la vía gubernativa, ya que de una manera u otra conducirían a sobrepasar las exigencias legales.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia invoca las normas sustantivas tributarias que reconocen la exoneración del impuesto sobre las ventas para la exportación de productos procesados, la exención para los productos que se exporten, el derecho a las devoluciones del impuesto pagado por los exportadores Artículos 5 de la Ley 48 de 1983, 32 y 63 del Decreto Extraordinario 3541 de 1983 y 9 del Decreto Reglamentario 1813 de 1984.

Afirma que probó la calidad de ser exportador de bienes exentos; el saldo a favor por $1.559.383; la existencia en su contabilidad de determinadas cuentas previstas en la Ley, en las cuales efectuó los abonos y cargos exigidos en ella, mediante el certificado del revisor fiscal anexo a la solicitud de devolución y el presentado el 27 de Mayo de 1985, anexo al recurso de reposición, y con la diligencia de inspección judicial del 30 de Agosto de 1988, que obra a folios 80 y 81 del proceso, como con la complementación al dictamen que obra a folios 136 a 144 del expediente.

Luego expone consideraciones sobre la protección de los derechos sustantivos por la Constitución Nacional, por el Código Civil, el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, para concluir que la actora tiene un derecho sustantivo reconocido por la Ley de obtener el reembolso de un dinero de su propiedad.

Pregunta, si la denominación de una cuenta en los libros de contabilidad, o el hecho de que se utilicen o no cuentas auxiliares, o el hecho de que se efectúen procedimientos de la técnica contable que constituyen alternativas del registro contable son situaciones que atañen a la existencia misma del derecho y si por consiguiente, el menor fallo o error en estos aspectos de procedimientos tienen la capacidad jurídica de extinguir el derecho sustantivo.

Luego de hacer una exposición sobre la extinción de los derechos sustantivos, conforme al derecho civil concluye que la contribuyente no se encontraba en ninguna de las situaciones allí previstas, y que por lo tanto las decisiones administrativas y fallos judiciales que le negaron el derecho al saldo a favor, y que de esa manera le extinguieron el derecho, y correlativamente la obligación de la Nación, no están basados en una disposición legal que exponga en forma clara y categórica, el fenómeno jurídico en virtud del cual es posible extinguir un derecho y la correspondiente obligación. Y que de la lectura del Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, no se deduce que el incumplimiento parcial de la norma sea causal de extinción de obligaciones y derechos.

OPOSICION DE LA DEMANDA

La entidad demandada a través de su apoderada judicial se opone a las pretensiones de la apelante, y luego de relatar los hechos que dieron lugar al rechazo de la solicitud de devolución, ante el incumplimiento por parte de la contribuyente de los preceptuado tanto en el parágrafo 2 del Artículo 9 del Decreto 1813 de 1984, como en el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, resalta la presunción de veracidad establecida en el Artículo 783 del Estatuto Tributario para el acta de inspección contable, para afirmar, que no puede pretenderse desconocer lo observado por los funcionarios de impuestos ya que se estaría analizando la misma contabilidad, pero en oportunidades diferentes y oponiendo la sociedad su propia contabilidad.

Cita en apoyo la providencia dictada por la Sala el 13 de Marzo de 1992, sin señalar el actor, ni el proceso, ni la naturaleza del juicio. Dice que tampoco hubo violación de los derechos constitucionales de la actora porque es la misma Constitución la que en su Artículo 15, autoriza a los funcionarios para efectuar las investigaciones pertinentes.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Sexto Delegado en lo Contencioso ante la Corporación, solicita se revoque la sentencia, pues a su juicio las

conclusiones consignadas en el dictamen pericial practicado en sede jurisdiccional, señalan, que el manejo de los libros de contabilidad de la sociedad, se ajusta en un todo a las técnicas contables y a las exigencias de la Ley tributaria, y que el conjunto contable revisado, informa con claridad como fue durante el 6 Bimestre de 1984, el tratamiento del impuesto a las ventas dentro de la cuenta mayor y otras abiertas en libros auxiliares, identificadas con los números 1027-1, 1027-2 y 1027-3.

Que contrariamente a lo expuesto por el Tribunal, el requisito de fondo, cuestionado por la Administración al tramitar la solicitud de devolución, se satisfizo en la medida en que fueron contabilizados los impuestos descontables, que motivaron el saldo crédito oportunamente ajustado y declarado por la sociedad. Y que los certificados expedidos por el revisor fiscal son pruebas que también contribuyen a fortalecer este criterio, porque a pesar de que las oficinas de impuestos indican, que la sociedad no maneja la cuenta impuesto a las ventas por pagar en la forma como lo dispone el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, lo cierto es que el sistema de contabilización de que aquellos dan cuenta, dispone, además, del soporte contable necesario, según lo demuestra el hecho de no haber sido glosada por la Administración la validez de los documentos que lo integraron, ni las cuantías que ellos informan o la naturaleza de descontables de esas sumas. Que así mismo el ajuste de la cuenta a cero (0) fue constatado en el dictamen pericial practicado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto fundamental del libelo está en determinar si la sociedad responsable del impuesto sobre las ventas, cumplió o no con las exigencias de la Ley en el manejo de la cuenta corriente del impuesto sobre las ventas por pagar, que estaba obligada a llevar de acuerdo con lo preceptuado en el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, de tal manera que permitiera determinar los impuestos por las operaciones gravadas, los impuestos descontables y por ende el saldo a favor consignado en la declaración tributaria.

Las características especiales de la cuenta mayor o de balance que el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, exige llevar a los responsables del impuesto sobre las ventas, ha sido analizada en múltiples ocasiones por la Corporación, ya que en materia fiscal, contrariamente a los expuesto por la apelante no resulta suficiente que el contribuyente pague el impuesto sobre las ventas por los Artículos o insumos adquiridos, para ser utilizados en el proceso industrial o de servicios desarrollado por el contribuyente, para que este tenga reconocimiento fiscal.

Exige la Ley, además de la realidad del pago y de su reconocimiento expreso como descontable, que se cumplan los requisitos de fondo y de forma por ella exigidos para que proceda su aceptación.

En materia del impuesto sobre las ventas si bien el Decreto 3541 de 1983 en sus Artículos 27 y 28 reconoce los saldos a favor de los responsables y el derecho a la devolución en el caso de productores y exportadores, cuando "se originen en un

exceso de impuestos descontables sobre el impuesto generado por las operaciones gravadas", para el reconocimiento de dichos descuentos exige como requisitos de fondo que el impuesto se haya pagado sobre bienes o servicios que resulten computables como costos o gasto de la empresa, destinados a las operaciones gravadas con el impuesto, que su contabilización se efectué en el período fiscal correspondiente a la fecha de causación, o en uno de los dos períodos bimestrales inmediatamente siguientes y su solicitud se formule en la declaración del período en el cual se haya efectuado su contabilización.

Pero además, dada la naturaleza de indirecto de este impuesto en el que primordialmente el responsable actúa como recaudador, quiso el legislador establecer como requisito de fondo y medio de control y de cuantificación del tributo, una cuenta corriente específica para el manejo del impuesto, cuya creación y forma de llevar previó expresamente en el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, y así mismo ordenó la oportunidad y forma de los registros en dicha cuenta, tanto del impuesto causado por las operaciones gravadas como el de los impuestos pagados por los insumos utilizados en los procesos de fabricación o comercialización de bienes y prestación de servicios gravados y exentos, y el término para su solicitud en la declaración tributaria correspondiente.

CONTABILIZACION DEL IMPUESTO

Con relación a este aspecto la Sala en sentencia de Marzo 13 de 1992, expediente 3557, Actor Procesadora de Leche, reiteró:

"Al contrario de lo expuesto por el Tribunal de Antioquia y que, según aparece, ha sido su criterio en varias providencias que cita en la sentencia apelada, la disposición del Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 que ordena a los responsables del impuesto a las ventas, sometidos al régimen común, llevar una cuenta Mayor o de Balance cuya denominación será "IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR" y que se maneja en la forma allí descrita, no es un aspecto formal que puede cambiarse al libre capricho de los obligados.

Dispone la citada norma:

"CAPITULO X CONTABILIDAD Y FACTURACION

Artículo 41. Los responsables del impuesto sobre las Ventas sometidos al régimen común, incluidos los exportadores, deberán llevar un registro auxiliar de ventas y compras y una cuenta mayor o de balance cuya denominación será IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR, en la cual se harán los siguientes registros:

a) El valor del impuesto generado por las operaciones gravadas.

b) El valor de los impuestos a que se refieren los literales a) y b) del Artículo 16 del presente Decreto.

En el debe o débito:

a) El valor de los descuentos a que se refiere el Artículo 15 del presente Decreto.

b) El valor de los impuestos a que se refieren los literales a) y b) del Artículo 14 del presente Decreto, siempre que tales valores hubiesen sido registrados previamente en el haber.

Los responsables....que se acojan al régimen simplificado...."

"El cabal entendimiento de esta norma debe comenzar por recordar que desde su iniciación del Impuesto a las Ventas en 1965, Colombia acogió el sistema de su registro en la contabilidad de los comerciantes a través de una "cuenta corriente" cuyo saldo debe mostrar el *quántum* del impuesto; según el texto legal vigente en dicha cuenta, en términos generales, se acreditan los impuestos causados por la enajenación de las operaciones gravadas y se debita con los impuestos que paga y puede descontar, constituyéndose así dicha contabilización en el sustento de la declaración del impuesto a las Ventas.

Como ningún otro gravamen, el de VENTAS está fundamentado en la contabilidad del responsable, pues en ella se registra la totalidad de los factores que lo determinan y los mismos soportes y comprobantes de la contabilidad lo son igualmente del impuesto. Tan fundamental es dicha cuenta que su saldo es el reconocido por la Ley como su monto, ya sea a cargo o a favor del responsable.

La Ley quiso que fuera "una cuenta" y no una subcuenta, porque se requiere que no esté mezclada con otra clase de registros, aún los que sean a favor o a cargo del Estado (como pueden ser otros impuestos); e igualmente quiso que fuera una cuenta "Mayor o de Balance", que en la técnica contable se diferencia de las de resultado y obliga su figuración especial en el libro Mayor, y en el Balance y Estados Financieros debe mostrarse con este carácter; además en principio su localización corresponde al grupo de las cuentas del pasivo y no del activo, por estar diseñada para el común de los responsables que generalmente muestran saldo a cargo y por eso se denomina impuesto "por pagar" y no por cobrar.

Muchas más características podrían deducirse del mencionado régimen contable establecido en el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 y disposiciones concordantes, pero para los efectos de esta providencia basta agregar que lo normal es que el legislador disponga sobre la generalidad de lo que sucede y no sobre lo excepcional, pero también que cuando la Ley manda algo y en forma clara, a ella hay que obedecer y no es permitido el intérprete adoptar lo contrario so pretexto de consultar su espíritu a los dictados de una "técnica" que, contrario a lo que se supone, el legislador también conocía y concretamente el legislador extraordinario de 1983.

La independencia de la cuenta, su claridad y su simplicidad en el manejo, establecidos por la Ley, son características que no solo facilitan al contribuyente el cum-

plimiento de sus obligaciones sino al Gobierno la de ejercer la facultad fiscalizadora que se concreta en las visitas de auditoría contable."

EL CASO SUB-LITE

Análisis de las pruebas

1) La inspección contable practicada por la Administración de Impuestos, señala claramente que la actora no llevaba la cuenta corriente del impuesto sobre las ventas en la forma exigida por la Ley.

Dice así el acta de visita que obra a folio 67 numeración manual, tinta roja del cuaderno de antecedentes administrativos:

"La cuenta corriente "Impuesto a las ventas por Pagar" no fue ajustada en el libro mayor, puesto que en dicho libro se lleva una cuenta denominada "Impuestos acumulados por pagar" que comprende varias subcuentas tales como impuestos retenidos en la fuente, retención en la fuente, retención sobre honorarios, intereses, etc. Incumpliendo lo ordenado en el parágrafo 2 del Artículo 9 del Decreto 1813 de 1984, para corroborar este punto se anexan fotocopias del libro mayor a noviembre y diciembre de 1984".

2) La certificación contable expedida por el revisor fiscal que obra a folio 51, numeración manual tinta roja del cuaderno de antecedentes, que si bien dice: que la sociedad lleva cuenta corriente del impuesto a las ventas por pagar; que tiene registros adecuados para contabilizar separadamente las operaciones gravadas, exentas o excluidas, y que el valor de $1.559.383, solicitado como impuesto descontable es fiel reflejo del "saldo por pagar" en la cuenta corriente del bimestre mencionado, y se cumplen los requisitos del Artículo 9 de la Ley 145 de 1960, y que se ajustó la cuenta por "pagar" a cero, carece de fecha y no indica los libros principales o auxiliares en donde se registraban los débitos y créditos de la cuenta, ni incluir que se llevara a nivel de cuenta Mayor o de Balance según lo exige la Ley.

3) El dictamen pericial decretado por el a-quo, que obra a folios 136 a 144 del cuaderno principal, señala que para el manejo de la cuenta impuesto a las ventas por pagar, para el sexto bimestre de 1984, se crearon cuentas auxiliares en donde se registran todo lo relacionado con la compra de mercancías y servicios, y discrimina las subcuentas de acuerdo a las tarifas aplicables a dichos bienes, luego afirma:

> "El tratamiento contable de la cuenta 1027-0 Impuesto a las ventas por pagar, para el 6 bimestre de 1984 se desarrolla únicamente a nivel de libros auxiliares solamente a partir del primer bimestre de 1985 se le da movimiento a la cuenta 1027-0 a nivel de cuenta mayor; pues durante el sexto bimestre y anteriores al manejo contable de esta cuenta (Impuesto a las ventas por Pagar) su registro a nivel de cuenta mayor o de ,C se viene haciendo en forma transitoria trasladando los saldos por comprobante de

auxiliares a una cuenta transitoria denominada impuesto acumulado por pagar, que contiene además del impuesto sobre las ventas, retención en la fuente por distintos conceptos industria y comercio y otros". (Paga. 2 dictamen literal c) folio 137 cuaderno principal.

4) La aclaración al dictamen, que obra a folios 161 y 162 del cuaderno principal, con relación a la verificación del ajuste de la cuenta del impuesto a cero afirma:

"Por razón del movimiento permanente, así como de la reunión en la cuenta "Impuesto acumulado por pagar" de otros factores distinto del impuesto a las ventas, no es posible hacer esta verificación de manera inmediata."

Todo este acervo probatorio permite deducir que:

1) 1) Que la sociedad lleva la cuenta corriente del impuesto sobre las ventas a nivel libros auxiliares por grupos de bienes o servicios, en donde se registran los débitos y créditos a la cuenta.

2) Que el saldo débito neto que arroja cada una de la cuentas en los libros auxiliares consolidado a Diciembre 31 de 1984, se traslado a una cuenta mayor "Otras cuentas por recibir" que contiene el impuesto sobre las ventas y otros.

3) Que la cuenta Impuesto a las Ventas por Pagar Código 1027-0 no aparece como cuenta integrante del balance.

4) Que la cuenta no se lleva de manera única o especial como lo exige la Ley, sino refundida con otros conceptos.

5) Que por lo mismo no pudo verificarse el ajuste a cero (0).

Puede que el procedimiento contable adoptado por la actora no distorsione la cuantía a favor de la sociedad, no obstante el saldo débito de la cuenta corriente a nivel de los libros principales, no resulta de la imputación contable de los asientos créditos por el impuesto generado por las operaciones gravadas y de los impuestos a que se refiere el Artículo 16 del Decreto 3541 de 1983, literales a) y b), y del débito, por los impuestos descontables a que se refieren los literales a) y b) del Artículo 14 *Ibídem*, como lo exige el Artículo 41 del mismo ordenamiento jurídico, sino de la sumatoria de los saldos de las cuentas auxiliares de manera tal que no es posible determinar con base en una cuenta Mayor del Impuesto a las Ventas por Pagar, que el saldo allí consignado corresponde a la aplicación total de las operaciones crédito y débito en la misma cuenta. Es decir no cumplió la responsable con el manejo exacto de la cuenta que le impone el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983.

Si bien es cierto que de acuerdo con el Código de Comercio, la utilización de los libros auxiliares constituye un procedimiento no solo contablemente aceptado, sino obligatorio de acuerdo con la situación de la empresa, no puede desconocerse la

imperancia de una norma obligatoria que específicamente señala de manera sencilla y objetiva el manejo de la cuenta Impuesto a las Ventas por Pagar, como cuenta principal a nivel de Mayor y Balance para pretender que con el solo registro de las operaciones en libros auxiliares se está cumpliendo con la Ley.

LA CONTABILIDAD COMO PRUEBA Y COMO REGISTRO ESENCIAL

En el juicio contencioso de Impuestos no le está permitido a la jurisdicción adentrarse en lucubraciones de técnica contable con el fin de dejar de aplicar el texto claro de la Ley, que en forma sencilla y suficiente señala la manera específica de llevar una cuenta creada para efectos del impuesto sobre las ventas.

Tampoco resulta procedente reconocer el derecho a la devolución con base en la realidad del pago de los impuestos que graban los insumos utilizados en la producción de los bienes enajenados, pues es de anotar que la contabilidad, entendida por tal los libros principales y sus comprobantes y soportes, dentro de éstos los libros auxiliares, desempeña en el área de los tributos, funciones de índole diversa atendiendo a la naturaleza de los hechos económicos y entre ellos la de los gravámenes cuyo reconocimiento fiscal se persigue.

Así en materia del impuesto sobre la renta constituye un elemento probatorio primordial para la determinación de la base imponible, pero a falta de ésta, costos y gastos deducibles, entre ellos algunos impuestos, por ejemplo: Industria y Comercio, pueden cuantificarse por medios directos de prueba, como son los documentos privados del propio contribuyente, o de terceros, como los recibos oficiales de pago y así mismo los ingresos y gastos pueden calcularse o por medios indirectos como son por ejemplo las presunciones de rentabilidad, costos presuntos, la determinación de la renta por comparación de patrimonios, renta presunta, etc.

No sucede lo mismo en el caso del impuesto sobre las ventas en donde la función de la contabilidad no es simplemente servir de medio de prueba, sino que constituye un elemento esencial, inherente a la determinación del tributo cuya cuantificación resulta de los asientos débitos y créditos, correcta y oportunamente registrados de los impuestos causados por las operaciones gravadas y los pagados por las compras que indican los libros del responsable, que se concretan en una sola cuenta fácilmente identificable, sin necesidad de acudir a ninguna otra para la verificación del saldo débito o crédito, que es la cuenta del mayor o de balance "Impuesto a las Ventas por Pagar", que obliga a llevar el Artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 a nivel principal y no de auxiliares.

Las previsiones consagradas en dicha norma deben cumplirse por los administrados, sin que les sea dado desconocer o cuestionar los requisitos de fondo y forma exigidos por el legislador, con miras no solo a la determinación del tributo sino para ejercer un control eficiente de los dineros que corresponde al Estado especialmente tratándose del impuesto sobre las ventas.

De otra parte el beneficio tributario del derecho a la devolución, concedido por la Ley a los exportadores de bienes, presupone para su reconocimiento que el intere-

sado acredite el derecho al mismo con el cumplimiento de todos los requisitos que para su viabilidad exige el legislador so pena de que el beneficio no opere.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

RETENCION EN LA FUENTE/AMNISTIA DE SANCIONES/COSTOS-Rechazo

La amnistía del Artículo 60 de la Ley 75 de 1986 se refiere a la exoneración del pago de la sanción por extemporaneidad de la sanción del 5% por la no expedición de certificados, y de intereses corrientes y moratorios, en relación con la presentación de declaraciones tributarias y relaciones anuales de retención. Del Artículo 23 del Decreto 260 de 1987 se deduce que tal amnistía no opera en relación con los costos y deducciones. Como en este caso la actora no canceló oportunamente las sumas correspondientes a retención en la fuente por el año 1985 esto ".. a más tardar el 15 de febrero de 1987.." sino que canceló tales sumas extemporáneamente el 16 de febrero de 1987, la Administración obrando conforme a derecho rechazó los costos y deducciones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ref: Radicación 4260. Apelación sentencia de 18 de mayo de 1992 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta por el año gravable de 1985. Actor:Germán Arellano Osorio y Cia. Ltda. F A L L O

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad GERMAN ARELLANO OSORIO Y CIA. LTDA, contra la sentencia de 18 de mayo de 1992, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de restablecimiento promovido contra los actos de determinación y discusión de impuesto sobre la renta por el período gravable

de 1985, a saber: la liquidación de revisión No. 082485000302 de 17 de marzo de 1988 y la resolución No. 114 de 30 de septiembre de 1988, expedidas por la unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Girardot.

ANTECEDENTES

Mediante requerimiento especial No.064 de 17 de septiembre de 1987 la Administración anunció el rechazo sobre compras por valor de $7.204.286, por haberse efectuado el pago de retención en la fuente en forma extemporánea.

La sociedad respondió al requerimiento solicitando que se le diera una correcta interpretación a las normas sobre amnistía, especialmente la regulada por el parágrafo 3o. del Artículo 23 del Decreto 260 de 1987.

La Administración de Impuestos expidió la liquidación oficial de revisión No. 082485000302 de 17 de marzo de 1988, en la cual se rechazaron las compras por valor de $7.204.286, argumentando que la amnistía no comprendía la aceptación de costos y deducciones.

Contra tal liquidación, la sociedad contribuyente interpuso recurso de reconsideración el 2 de mayo de 1988, y la Administración de Impuestos Nacionales de Girardot lo resolvió a través de la resolución No. 114 de 30 de septiembre de 1988 confirmando la liquidación de revisión, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Las normas violadas y el concepto de la violación se sintetizan así:

- Artículos 60 de la Ley 75 de 1986 y 23 del Decreto 260 de 1987. Tales normas permitieron que los contribuyentes se pusieran al día en relación con sus deudas por concepto de impuestos y retenciones, desde que las cancelaron dentro de los plazos fijados, esto es, 30 de marzo y 16 de febrero de 1987. Las exoneraciones, rebajas o amnistías se conceden en toda la extensión de los beneficios, pero si no se quiere hacerlas extensivas a una especial circunstancia, se debe expresamente decirlo ya que cuando no existen restricciones expresas se entiende que operan en toda su extensión.

Estas normas, concedieron a los retenedores que no habían cumplido con su obligación de retener, el cancelar la retención sin intereses, sin sanción por extemporaneidad, ni sanción del 5% por no expedición de los certificados. De acuerdo con lo anterior, las normas sobre amnistía consideraron que no hubo mora en el pago, que el pago se realizó dentro de la oportunidad legal, y que la no expedición de certificados de retención no es sancionable; siendo equivocada la interpretación de la

administración al indicar que la amnistía no operaba en el caso de rechazo de costos y deducciones y que para ese efecto se consideraba que el pago de la retención se había realizado extemporáneamente.

- Artículo 12 de la Ley 38 de 1969, 72 del Decreto 3803 de 1982, 21 y 23 del Decreto 81 de 1984.

El Artículo 154 del Decreto 2503 de 1987 derogó expresamente las anteriores normas. Los actos administrativos demandados se expidieron el 17 de marzo y el 30 de septiembre de 1988, o sea, con posterioridad a la derogatoria de las normas invocadas, resultando ilegal darles vigencia.

Además, teniendo en cuenta que el Artículo 40 de la Ley 153 de 1887 se debe entender con respeto a las normas de carácter procedimental, porque en relación con las normas sustantivas no se puede aplicar normas derogadas.

LA OPOSICION

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que:

La amnistía prevista en los Artículos 60 de la Ley 75 de 1986 y 23 del Decreto 260 de 1987 es para el pago de la sanción por extemporaneidad en la presentación de la relación anual de retención, para la sanción del 5% sobre la retención no relacionada dentro de la oportunidad legal o para la exoneración de los intereses corrientes y de mora.

La amnistía sobre los anteriores conceptos es independiente de las consecuencias que para la sociedad contribuyente generó el no haber cancelado oportunamente la retención en la fuente sobre las compras. Tal consecuencia la consagra el Artículo 21 del Decreto 81 de 1984 al indicar que se desconocerán costos y deducciones.

Finalmente expresó que el Artículo 154 del Decreto 2503 de 1987 derogó los Artículos 12 de la Ley 38 de 1969 y 72 del Decreto 3803 de 1982, pero no los Artículos 21 y 23 del Decreto 81 de 1984.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Las Leyes que establecen una amnistía, debido a su carácter excepcional indican de manera exacta las sanciones o cargas de las cuales exoneran a los contribuyentes y deben interpretarse literalmente sin extender su aplicación a eventos no contemplados en ellas.

Los Artículos 60 de la Ley 75 de 1986 y 23 del Decreto 260 de 1987 prevén la amnistía de intereses corrientes y moratorios en el pago de impuesto, y de la sanción por extemporaneidad en la presentación de las declaraciones y relaciones anuales de retención, pero no exoneran de otras sanciones tales como el rechazo de costos y deducciones.

Finalmente advierte que el Artículo 154 del Decreto 2503 de 1987 no derogó los Artículos 21 y 23 del Decreto 081 de 1984, normas éstas en las cuales se sustentó el rechazo, y se consagraba la sanción a la contribuyente, consistente en el desconocimiento de costos y deducciones.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la sociedad actora interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y lo sustentó así:

El pago de la retención en la fuente sobre el valor de las compras se entiende oportuno para todos los efectos legales y no se restringe únicamente a la rebaja de intereses y a la sanción por extemporaneidad.

El Artículo 60 de la Ley 75 de 1986 sólo se refiere a la rebaja de las sanciones por extemporaneidad y a la sanción del 5% por no expedir certificados. No se pronunció en relación con el derecho a los costos y deducciones porque con respecto a ellos "era sobreentendido o tácito que la amnistía debía operar sin tropiezo alguno" (fl. 109).

La naturaleza de la amnistía permite indicar que beneficia de manera general a los contribuyentes que han dejado de observar sus obligaciones fiscales, y por tanto, si se quiere excluir alguna de ellas, la Ley expresamente debe consagrar las excepciones, esto es, señalar a qué obligación no se aplica la amnistía.

La Ley en el caso presente no hizo excepciones. No indicó expresamente que la amnistía no comprendía el rechazo de costos o deducciones, debiendo el intérprete entender que tal beneficio se debía aplicar de manera amplia y general.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial de la sociedad actora hace énfasis en los argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación y agrega que la amnistía opera para todos los efectos legales y beneficia en forma general a todos los contribuyentes, debiéndose aplicar con respecto al reconocimiento como costo de las compras.

El apoderado de la demanda se opone a la prosperidad del recurso de apelación, indicando que de acuerdo con lo establecido por la Ley 75 de 1986, el Decreto 260 de 1987 y el Decreto 081 de 1984, en sus Artículos 59, 23 parágrafo 3o. y 23, respectivamente, las amnistías tienen un carácter excepcional, son taxativas en cuanto a sus alcances y efectos.

Por lo anterior, frente a la cancelación extemporánea de las retenciones surgió el desconocimiento de los costos sobre los cuales se dejó de efectuar la retención, siendo ajustada a derecho la actuación de la administración.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las normas legales que consagran una amnistía presentan un carácter excepcional. Ellas prevén con exactitud las sanciones de las cuales se exonera a los contribuyentes, siendo taxativas en sus alcances y efectos.

El Artículo 60 de la Ley 75 de 1986 dispone:

> "Los contribuyentes o agentes retenedores y personas jurídicas sin ánimo de lucro que no hubiesen presentado sus declaraciones tributarias o las relaciones anuales de retención en la fuente, podrán hacerlo a más tardar el 15 de febrero de 1987 sin que haya lugar al pago de la sanción por extemporaneidad ni a la sanción del cinco por ciento (5%) a que se refiere el Artículo 43 de la Ley 55 de 1985"

Y el Artículo 23 del Decreto 260 de 1987 dice textualmente:

> "Los contribuyentes que cancelen sus deudas por concepto de impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales a más tardar el 30 de marzo de 1987, tendrán derecho a que se les exonere de los intereses corrientes y de los intereses por mora correspondientes a las sumas pagadas.
>
> "La amnistía prevista en este Artículo sólo será aplicable a las deudas exigibles a 24 de diciembre de 1986 que se hubieran causado hasta el 1 de noviembre de dicho año, aun cuando se encuentren en proceso de cobro coactivo, o hayan sido objeto de acuerdo de pago a plazos.
>
> "...
>
> "Parágrafo 3. Lo dispuesto en este Artículo es aplicable a las deudas por concepto de retenciones en la fuente en la parte no consignada".

De las normas transcritas se establece que la amnistía tributaria se refiere a la exoneración del pago de la sanción por extemporaneidad, de la sanción del 5% por la no expedición de certificados, y de intereses corrientes y moratorios, en relación con la presentación de declaraciones tributarias y relaciones anuales de retención.

Del parágrafo 3o. del Artículo 23 del Decreto 260 de 1987 se deduce claramente que la amnistía contemplada en los anteriores preceptos legales no opera en relación con los costos y deducciones alegados por la sociedad actora.

Por otra parte, el Decreto 81 de 1984, referente a la retención en la fuente, en su Artículo 21 establece que:

> "Quienes no hagan la retención en la fuente estando obligados a hacerlo, o la hagan en cuantía inferior a la exigida incurrirán en las siguientes sanciones.
>
> "...
>
> "2o. Se les desconocerán los correspondientes costos y deducciones.
>
> "3a..."
>
> Y el mismo Decreto en su Artículo 23 indicaba que:
>
> "Quienes habiendo hecho retenciones en la fuente no consignen las sumas respectivas dentro de los plazos legales, no tendrán derecho al reconocimiento de los correspondientes costos o deducciones, sin perjuicios de las sanciones correspondientes."

De lo anterior se deduce, en concordancia con los documentos que obran en el expediente, que como la sociedad actora no canceló oportunamente las sumas correspondientes a retención en la fuente por el año de 1985, esto es, "... a más tardar el 15 de febrero de 1987...", de conformidad con lo previsto por el Artículo 60 de la Ley 75 de 1986, sino que canceló tales sumas extemporáneamente el 16 de febrero de 1987, según los recibos respectivos que obran a folios 21 a 23 del cuaderno principal, la Administración obrando conforme a derecho rechazó los costos y deducciones que en este caso se concretaban en la compra de mercancías por valor de $7.204.286.

Las razones anteriormente enunciadas son suficientes para que la

Sala confirme la sentencia apelada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Confírmase la sentencia apelada.

COPIESE, COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVANSE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

VINCULACION ECONOMICA Inexistencia/**SOCIEDAD SUBORDINADA/ OBLIGACION TRIBUTARIA/SUJETO PASIVO**

El Decreto 2815 de 1974 señaló taxativamente las circunstancias de vinculación económica, reglamentando el concepto de sociedad subordinada, a los tres casos planteados en el parágrafo del Artículo 3o. del mismo decreto. Para el período *sub-Lite* no existen casos de vinculación económica diferentes a los establecidos en el Decreto 2815 de 1974 y en consecuencia al control económico, financiero y administrativo debía entenderse en armonía con las normas citadas, sin que pueda exceder en ningún momento el límite contenido en el parágrafo del Artículo 3o. del mencionado Decreto 2815 de 1974. No puede admitirse que para efectos de determinar el sujeto pasivo de la obligación tributaria que las enumeraciones de la Ley sean simplemente enunciativas y que el funcionario administrativo pueda determinar para efectos de determinar los sujetos responsables.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Ref: Expediente No. 4276. Actor: RAMIREZ JOHNS Y CIA. C x A Nit 90.903.704. Apelación de la sentencia de Mayo 22 de 1992. Tribunal Administrativo de Antioquía. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Ventas II Semestre de 1978. FALLO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesta por el apoderado judicial de la Nación contra la sentencia del 22 de Mayo de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aceptando las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad RAMIREZ JOHNS

Y CIA CxA Nit 90.903.704, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, le determinó el impuesto a cargo por el período correspondiente al 2º Semestre de 1978.

ANTECEDENTES

La sociedad presentó la declaración tributaria del impuesto sobre las ventas correspondiente al primer semestre de 1978 el 29 de Diciembre del mismo año, en la cual determinó un impuesto a cargo de cero, por considerar que no era responsable del impuesto sobre las ventas.

La Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, mediante auto comisorio No. V-089 del 27 de Agosto de 1980, ordenó practicar una inspección administrativa a la sociedad contribuyente, con base en la cual determinó su condición de responsable del impuesto sobre las ventas.

Previo requerimiento AEV-190 del 19 de Diciembre de 1980, la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín practicó a la sociedad la liquidación de revisión #0090 del 2 de Abril de 1981, en la que determinó un mayor valor a pagar por impuestos de $559.696, sanción por inexactitud por $119.392 y sanción por facturas de $55.969.

La liquidación de revisión fue objeto de recurso de v, en cuya interposición solicitó el responsable, la práctica de la pruebas mencionadas en la respuesta al requerimiento especialmente una inspección ocular a las cavas bancarias, para verificar los pedidos a Julio y José Ramírez Johns, y la inexistencia de vinculación económica prevista en el Decreto 2815 de 1974 Artículo 3o.

Mediante la Resolución No. V-124 de Octubre 28 de 1988, la Administración de Impuestos Nacionales confirmó la liquidación de revisión, considerando que el acervo probatorio anunciado y pedido no era suficiente para desvirtuar el acto administrativo, ya que según el Artículo 51 y siguientes del Código de Comercio, los comprobantes que sirven de respaldo y las partidas asentadas en los libros son parte integrante de la contabilidad y deben conservarse archivados y ordenados de manera que en cualquier momento se pueda verificar su exactitud y el Artículo 15 del Decreto 3803 de 1982 establece que cuando el contribuyente no presente los libros de contabilidad, cuando la Administración lo exija, no puede invocarlos después como prueba a su favor.

LA DEMANDA

Agotada la vía gubernativa, acudió la contribuyente ante el Tribunal Administrativo de Antioquia en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, acusando al acto administrativo de violar los Artículos 26 de la Constitución Nacional; 10 del Decreto 1988 de 1974; 3o. del Decreto 2815 de 1974; 89 del Decreto 1651 de 1961; 32, 43, 46, 49 y 57 de la Ley 52 de 1977; 47 del Decreto 825 de 1978 y 44 del Decreto 2503 de 1987.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquía accedió a las súplicas de la demanda, acogiendo el fallo proferido por la Corporación el día 27 de Noviembre de 1990 en el proceso 3426, relativo a un caso similar entre los mismos sujetos de la relación procesal, referido al mismo impuesto aún cuando por un período distinto en el que se determina la improcedencia de responsabilizar a la actora del impuesto sobre las ventas bajo la vigencia de los Decretos 1988 y 2815 de 1974, por no existir la vinculación económica que adujo la Administración, dada la limitación contenida para el caso en el Artículo 16 del Decreto 584 de 1975.

LA APELACION

La apoderada judicial de la Nación apela el fallo, al considerar que la actora si era responsable del impuesto sobre las ventas en virtud de su vinculación económica con las sociedades DISTRIBUIDORES DE BILLARES Y JULIO Y JOSE RAMIREZ JOHNS S.A., en razón de que el Artículo 11 del Decreto 1988 de 1974, además de los casos de vinculación económica contemplados en el Código de Comercio, dispone que "también existe vinculación económica; en los casos de los numerales 1o. a 3o.", y que en materia del impuesto sobre las ventas, la Ley no hizo enumeraciones taxativas ni determinó con exactitud cuando una sociedad debe considerarse vinculada con respecto a otra, siendo igualmente incontables los casos de vinculación económica entre sociedades, dada la gran variedad de intereses comunes o recíprocos entre ellas. A su juicio el Artículo 3o. del Decreto Reglamentario 2815 de 1974, solo contempla algunos de los muchos posibles casos de vinculación económica entre sociedades, pero no los únicos, pues se refiere exclusivamente a los casos de subordinación, pero no a la vinculación por intereses comunes y recíprocos.

OPOSICION

El apoderado judicial de la actora, en el alegato de conclusión controvierte las consideraciones formuladas por el apelante con relación a la existencia de vinculación económica entre la demandante y otras sociedades distribuidoras de billares para efectos de determinarle responsabilidad frente al impuesto a las ventas.

Estima que la norma reguladora de la vinculación económica, en el momento de presentar la declaración de ventas y en las etapas de fiscalización y determinación del tributo era el Artículo 3o. del Decreto 2815 de 1974, del cual se infiere que para que exista la mencionada vinculación económica entre dos sociedades se requiere que una de ellas posea directa o indirectamente el 50% o más del capital de la otra, sin que le este permitido al funcionario administrativo en aras de interpretar la Ley, configurar la vinculación económica con porcentajes inferiores a los establecidos por la norma.

Afirma, que el asunto relacionado con la inexistencia de la vinculación económica, para efectos de impuesto a las ventas, es idéntico al resuelto con autoridad de

juzgada por la Corporación, debiendo hacer extensivas sus conclusiones a los demás procesos entre las mismas partes, porque provienen de la misma causa y versan sobre el mismo objeto.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado por el Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso conceptúa que la sentencia apelada merece ser confirmada, de acuerdo con las consideraciones por él expuestas en el proceso 3426, que transcribe y reitera.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Decreto 1988 de 1974 consagró para el efecto del impuesto sobre las ventas la figura de la vinculación económica en sus Artículos 10 y 11 inciso 3o.:

> "Artículo 10. Son responsables del impuesto sobre las ventas el productor, el importador, el que presta un servicio gravado el que efectúa un contrato gravable de obra y quienes estén económicamente vinculados a dichas personas...."
>
> "Artículo 11... Para efectos de dicho impuesto se entiende que existe vinculación económica, en los casos contemplados en el Capítulo XI del Título Primero del Libro Segundo del Código de Comercio.
>
> También existe vinculación económica:
>
> 1. Entre las empresas cuyo capital pertenezca directa o indirectamente en un cincuenta por ciento (50%) o más a la misma persona.
>
> 2. Entre las empresas cuyo capital pertenezca en un cincuenta por ciento (50%) o más a personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco hasta el 2o. grado de consanguinidad o afinidad o primero civil.
>
> 3. Entre la empresa y el socio, accionista o comunero que posea el cincuenta por ciento (50%) o más del capital social y entre aquella y los socios que tengan derecho de administrarla."

Los que fueron reglamentados en esta materia por los Decretos 2815 de 1974 (art. 3o.) y 584 de 1975 (art. 16) y si bien el Decreto Ley 1980 se remitió al Capítulo XI del Título Primero del Libro Segundo del Código de Comercio a efectos de establecer la vinculación económica en los casos allí consagrados, también lo es que el Decreto 2815 de 1974, señaló texativamente las circunstancias de vinculación económica, reglamentado el concepto de sociedad subordinada, que a su vez fue limitado por el Decreto 584 de 1975 a los tres casos planteados en el parágrafo del Artículo 3o. del mismo Decreto, tal como se precisó en la sentencia del 27 de Septiembre de

1991, proferida por la Sala para resolver el mismo caso, bajo la vigencia de una misma Ley, por el mismo impuesto, entre las mismas partes, aunque por un período fiscal distinto, pues fue el correspondiente al VI bimestre de 1978.

Por lo que, a juicio de la Sala no exista razón válida, lógica o jurídica que permita apartarse de los planteamientos allí expuestos, los que en esta oportunidad hace suyos la Sala para concluir que para el período sub-lite, no existen casos de vinculación económica diferentes a los establecidos en el Decreto 2815 de 1974 y en consecuencia el control económico, financiero y administrativo debía entenderse en armonía con las normas citadas, sin que pueda exceder en ningún momento el límite contenido en el parágrafo del Artículo 3o. del mencionado Decreto 2815 de 1974.

No puede admitirse de ninguna manera, para efectos de determinar el sujeto pasivo de la obligación tributaria que las enumeraciones de la Ley sean simplemente enunciativas y que el funcionario administrativo pueda deducir otras para efectos de determinar los sujetos responsables del tributo, porque tal atribución es exclusiva de la Ley.

En mérito de los expuesto, al Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el juicio #25.298 el día 22 de Mayo de 1992.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

ERROR ARITMETICO-Requisitos/**CORRECCION ARITMETICA**

El error aritmético no se puede entender sino como un fenómeno de resultados exclusivamente numérico, con total prescindencia de cualquier razonamiento lógico o jurídico concerniente a la naturaleza u origen de los guarismos comprometidos en las correspondientes operaciones de cálculo. En este caso dado que en los citados renglones 187 a 197 excepto el último se anotaron invariablemente ceros, como elementos constitutivos de un costo por juego de inventarios totalizado en el renglón 198 mediante cifra significativa, es evidente que no se declararon "correctamente los valores correspondientes", luego no cabía decir aritméticamente equivocado el "resultado" del renglón 198 sencillamente porque se desconocía el valor "correcto" de los items precedentes.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C. Noviembre veintisiete de mil novecientos noventa y dos

REF: Radicación 4295. Apelación sentencia Junio 19 de 1992 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto a la renta por el año gravable de 1985. Actor: Servicios Químicos y Didácticos Ltda. FALLO.

Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

El Director de Impuestos Nacionales, debidamente representado, apela de la sentencia de 19 de Junio de 1992, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento fiscal promovido por SERVICIOS QUIMICOS Y DIDACTICOS, LTDA., contra la liquidación de corrección aritmética # 75845 de 2

de Mayo de 1988 y la resolución # 0189 de 17 de Abril de 1989, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, en relación con el período impositivo de 1985.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

La corrección se practicó, respecto de "la sumatoria de los renglones 187 a 197 y renglón 249, Código JX y anticipo de acuerdo al Artículo 94 Ley 9a. de 1983 y 81 de la Ley 75 de 1986", habiéndose aplicado sanción, "de conformidad con el Artículo 42 del Decreto 2503 de 1987"; el acto fue confirmado en la vía gubernativa, no encontrándose demostrada la notificación fuera de término de la liquidación, ni el hecho de que la fundamentación de ésta, no correspondiera a los supuestos del error aritmético.

LA DEMANDA

Dice transgredidos, por los conceptos que se sintetizan, los siguientes preceptos:

1. El Artículo 41 del Decreto 2503 de 1987, por cuanto el error aducido por la Administración, no habría tenido la virtualidad de generar un menor valor de impuestos por pagar o un mayor saldo a favor de la declarante; afirma que en la declaración se determinó una base gravable por $455.681 (renglón 261) y también, un impuesto por $81.988 (renglón 272), según rubros de ventas brutas nacionales ($9.846.076) y costos realizados ($7.614.897), de los que no podía surgir un menor impuesto, y que solo se habría incurrido en error simplemente mecanográfico al haberse omitido la discriminación del juego de inventarios, subtotalizándose directamente la partida de costos, omisión, sin embargo, subsanada a partir del renglón 198; aparte de esto, estaría fuera de toda lógica y sentido común, que la liquidación cuestionada pretendiera el rechazo de todos los costos propuestos, más, cuando el principal objeto de la compañía era la compra de activos, para su posterior venta.

Se habría incrementado, así mismo, injustificadamente, el ítem de ingresos, de $9.846.076 declarados (renglón 154) a $9.870.876 liquidados oficialmente, demostrándose que la Administración no se habría limitado a corregir un error aritmético, sino que habría desbordado sus funciones procediendo a practicar revisión oficiosa, ya que el rechazo de costos y aumento de ingresos, eran aspectos de fondo propios de una liquidación de revisión, pero sin las formalidades del requerimiento especial, conducta violatoria, además, de los Artículos 26 de la Constitución y 45 del citado Decreto 2503 de 1987, y constitutiva de nulidad, conforme al Artículo 57 de la Ley 52 de 1977.

2. El Artículo 46 del mismo Decreto 2503 de 1987, por pretermisión del término para responder u objetar el requerimiento que, según lo expuesto, debía librarse,

vulnerándose el derecho de defensa y, por la misma vía, los Artículos 50 y 53 ib., infracciones que implicarían, del mismo modo, exceso o desviación de poder; el funcionario de recursos habría "confesado", en su resolución, haber examinado todos los anexos del expediente, procedimiento que rebosaría los términos de la corrección en cuestión; sobre el particular, transcribe apartes de la sentencia de la Sala de 9 de Octubre de 1987, proceso # 1480.

LA SENTENCIA APELADA

Desestima la excepción de insuficiencia de poder o indebida elección de la acción, propuesta por la parte demandada, por considerarse que en el libelo demandatorio se ejerce, "la acción consagrada por el Artículo 85 del C.C.A., es decir, que el actor actuó ajustado a derecho y el poder le fue otorgado para ejercitar la acción de restablecimiento....".

Respecto de la cuestión de fondo, acoge el concepto de la Fiscalía en la instancia, según el cual, el hecho de haberse anotado en el renglón 198 de la declaración solo el subtotal del costo de ventas, no significaría error aritmético, sino una omisión que se predicaría, igualmente, de las pruebas necesarias para soportar la correspondiente cifra, aspectos puramente probatorios que impondrían el trámite propio de la liquidación de revisión y no el de la corrección aritmética.

EL RECURSO DE APELACION

Sostiene que, presentados en ceros los renglones 187 a 196 de la declaración (el renglón 197 muestra un "inventario final de productos terminados" por $24.800, que debía restarse), "la sumatoria de los renglones 187 a 197 (sic) nunca puede dar $7.614.897; al incluir sin razón alguna en el renglón 198 esta cuantía, disminuye la renta bruta, con ella la (sic) liquidada y en consecuencia resulta un menor valor a pagar al Estado por concepto de impuestos", demostrándose el error en cuanto a la realización de las operaciones aritméticas, sin lugar a la alegada violación de los Artículos 26 de la Constitución y 41 y siguientes del Decreto 2503 de 1987, fuera de que la contribuyente había incumplido el Artículo 4 de este Decreto, sobre el contenido de la declaración de renta.

Agrega, que al Artículo 40 ib, no se podría dar una interpretación simplista y literal, pues ello impediría que la Administración lo aplicara, debiendo entenderse, en cambio, como una alternativa de la función fiscalizadora que, en ningún caso, podría revertir contra la Administración, por el hecho de que ésta verificara el contenido de la declaración y sus anexos.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El Señor Procurador Tercero Delegado en los Contencioso, estima equivocada la pretensión de que, por haberse anotado en la declaración cierto total, sin previa discriminación de los valores que hacían parte del mismo, se configurara el error

aritmético previsto por el Artículo 40-3 del Decreto 2503 de 1987, pues la sociedad no había realizado ninguna operación aritmética, sino incurrido en omisión, al no señalar unos valores, "que de ser sometidos precisamente a una operación aritmética, hubieran permitido verificar la exactitud del discutido total....".

Se pronuncia por la confirmación del fallo recurrido.

La demandada, a su vez, afirma que esta Corporación, particularmente en la sentencia del 15 de Julio de 1991, expediente No. 3195, se ha pronunciado repetidamente sobre las circunstancias que deben rodear el error para que se tenga por "aritmético", y exigido, "actuaciones de la Administración necesarias para la viabilidad de la liquidación de corrección", como así se habría hecho en el caso, según lo expresado en la resolución del recurso gubernativo.

Niega que el error glosado fuera una "omisión", pues, para subsanarla, habría bastado informar los valores omitidos y anexar los respectivos comprobantes, demostraciones no realizadas por la contribuyente, que se limitó a acompañar a la demanda un certificado del contador público que no daba razón sobre los valores correspondientes al juego de inventarios; y que, contrariamente, habiendo expresado el mismo que, "los rubros declarados en el denuncio rentístico de 1985 son fiel reflejo de la contabilidad", ello significaría que en la contabilidad existen ceros en las partidas o asientos del juego de inventarios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala, en numerosas providencias, ha dicho que el error aritmético, en las tres hipótesis del Artículo 40 del Decreto 2503 de 1987 (o 697 del Estatuto Tributario), no se puede entender sino como un fenómeno de resultados exclusivamente numéricos, con total prescindencia de cualquier razonamiento lógico o jurídico concerniente a la naturaleza u origen de los guarismos comprometidos en las correspondientes operaciones de cálculo y que, por ende, la facultad de corrección se debe contraer al examen y verificación sobre la exactitud de la función y efecto aritméticos (en este sentido, entre otras, la sentencia de 6 de noviembre de 1992, procesos # 4116, Fundación Santa Ana).

En el asunto en consideración, puestos en función de suma y resta los diversos ítems de los renglones 187 a 197 de la declaración del período (sección de "costos y deducciones"), el resultado del renglón 198 ("subtotal costo de venta de los activos movibles") tendría que haber sido el de la correcta relación aritmética existente entre dichos ítems; pero dado que en los citados renglones 187 a 197, excepto el último, se anotaron invariablemente ceros, como elementos constitutivos de un costo por juego de inventarios totalizado en el renglón 198 mediante cifra representativa, es evidente que no se declararon "correctamente los valores correspondientes", conforme a la primera hipótesis del Artículo 40 del Decreto 2503 de 1987 en referencia, luego, no cabía decir aritméticamente equivocado el "resultado" del renglón 198, sencillamente porque se desconocía el valor "correcto" de los ítems precedentes, hecho solo verificable a través del examen de otros guarismos de la declaración y sus anexos,

que la Administración no demostró haber efectuado; obviamente, tampoco podía saberse si el impuesto se había disminuido, o no, ilegalmente. (En el mismo sentido, la sentencia de 13 de Noviembre de 1992, proceso 4337, Consejero Ponente, Doctor Guillermo Chahín Lizcano).

Se considera, por tanto, acertada la tesis de la mera "omisión", defendida por el a quo y el Señor Procurador Delegado, sin lugar a la prosperidad del recurso de la Administración.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

Confirmase la sentencia apelada.

El Doctor JUAN CARLOS GUERRERO CARDENAS tiene personería para actuar en nombre de la parte demandada.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

DOCUMENTOS-Valoración/**ERROR ARITMETICO**

La valoración de la prueba documental anexa a la demanda y la verificación de sus cifras, no implica asumir en el fondo el conocimiento sobre la admisibilidad fiscal de las deducciones solicitadas en la declaración, sino establecer simplemente si el valor ahí registrado era correcto, o no, desde el punto de vista aritmético. Si es parte del supuesto de que ni la relación de beneficiarios ni el certificado de contador tenían relevancia probatoria alguna, mal pueden servir de apoyo para demostrar que la documentación restante no coincida con los mismos; si lo que se debate es cuestión de mera informalidad aritmética, no es procedente calificar la deducibilidad de unos intereses, que es materia propia de una liquidación de revisión.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.. Santafé de Bogotá, D.C. Noviembre veintisiete de mil novecientos noventa y dos.

Ref: Radicación 4321. Apelación sentencia de 30 de Junio de 1992, del Tribunal del Tolima en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta por el año gravable de 1987. Actor: Urbanizadora Almería Ltda. FALLO.

Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la Sala el recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpone el Director de Impuestos Nacionales contra la sentencia de 30 de Junio de 1992, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el contencioso de restablecimiento fiscal promovido por URBANIZADORA ALMERIA, LTDA., respecto a la liquidación de corrección aritmética # 004 de 6 de Julio de 1990 y la resolución # 019 de 19 de Diciembre del mismo año, expedidas por la unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué, en relación con el impuesto de renta del período impositivo de 1987.

ANTECEDENTES

Motivó la corrección, según lo expuesto en el acto liquidatario, el hecho de que la sumatoria entre los renglones 20 a 23 de la declaración fuera de $174.999, suma de la que, restando el valor del renglón 24 ("inventario final") declarado por $64.565.000, debía arrojar en el renglón 25 ("total costos y deducciones") la cantidad de $110.434.000, y no la de $120.434.000 ahí anotada, registrándose un mayor valor por costos y deducciones de $10.000.000, con variación de los ítems de renta liquidada (renglón 26), renta liquidada gravable (renglón 30) e impuestos sobre la renta gravable (renglón 34); se ajustaron los restantes ítems y se aplicó sanción por corrección.

El acto fue confirmado íntegramente en la vía gubernativa, por falta de prueba sobre las explicaciones de la declarante.

LA DEMANDA

Afirma que la diferencia por $10.000.000 establecida, obedecía a "error de transcripción involuntario" incurrido en el renglón 20 de la declaración ("intereses y demás gastos financieros"), al haberse trasladado a éste la cantidad de $26.007.000 y no la de $36.007.000, que era la real, según se desprendía de los registros contables cuya inspección se pidió pero no se decretó.

Indica quebrantados los Artículos 107 y siguientes del Estatuto Tributario, por haberse desconocido expensas realizadas en el período, que tenían relación de causalidad con la actividad productora de renta; los Artículos 744-5 y 779 ib., por no haberse decretado las pruebas presentadas y pedidas, o no haber ordenado de oficio una visita externa de la contabilidad que permitiera la verificación de la exactitud de la contabilidad, resultando deficiente la valoración de las analizadas; los Artículos 772 y 777 ib., por no haberse exigido a la contribuyente la exhibición de sus libros y documentos contables, o certificado de contador público, desconociendo un medio de defensa fundamental; los Artículos 721, inciso 2, 744-2, 685 y 915, letra b), ib., por haberse omitido el examen contable solicitado; no exigirse el acopio de pruebas que sustentaran los actos acusados e imponer mayores cargas fiscales de las permitidas por la Ley; el Artículo 570 ib., en cuanto la resolución del recurso habría omitido expresar si contra ésta procedía, o no, algún recurso de la vía gubernativa.

LA SENTENCIA APELADA

Del examen de la prueba documental esgrimida en el proceso gubernativo, referente a "costos financieros" del período, y una certificación de contador público sobre el mismo punto, deduce demostrada, por dicho concepto, una suma superior a la anotada en el renglón 20 de la declaración y probado el "error de transcripción mecanográfico alegado, pruebas que, de lo manifestado por la Administración en la contestación de la demanda, éste habría conocido sin que las objetara o rechazara, por lo que las mismas estarían amparadas en presunción de legalidad y ofrecerían

suficiente convicción al juzgador sobre la realidad de causalidad con la renta declarada, encontrándose acreditada la transgresión de los invocados Artículos 744 y 777 del Estatuto Tributario.

EL RECURSO DE APELACION

Reafirma la legalidad de la actuación administrativa impugnada, con fundamento en haber obrado la Administración sujeta a los presupuestos del error aritmético contemplados en el Artículo 697 del Estatuto Tributario, en particular el que se concretaría por el hecho de que "al efectuar cualquier operación aritmética resulte un valor equivocado que implique un menor valor a pagar por concepto de impuestos, anticipos o retenciones a cargo del declarante.....".

No se habrían, pues, desconocido expensas admisibles, sino ratificado un error aritmético que implicó la modificación de todos los renglones afectados y no fue desvirtuado mediante la prueba idónea, no pudiendo aceptarse que la contribuyente corrigiera su declaración y se le reconocieran costos y deducciones distintos de los inicialmente declarados, pues, tal corrección debía haberse realizado antes de notificarse la liquidación oficial; así que el *a quo* habría errado el camino, porque de lo que se trataba era de establecer si había, o no, error aritmético en la declaración, en tanto que lo que se hizo fue estudiar el fondo de ésta.

Adicionalmente, lo dispuesto por el Artículo 777 del estatuto, sería aplicable siempre que la contabilidad se llevara en debida forma, hecho no demostrado en el proceso, fuera de que el certificado de contador público aducido, no reunía requisitos, ni daba suficiente certeza para ser admitido, "según lo expresa (sic) las sentencias de diciembre 11 de 1987, Junio 29 de 1990 y septiembre 10 de 1990...".

ALEGATOS DE CONCLUSION

La demanda insiste en la legalidad de su actuación, a partir del supuesto de que las operaciones aritméticas básicas deben tener siempre, como resultado, "un único valor correcto", de modo que, al haberse establecido en el renglón 25 de la declaración glosada es "total costos y deducciones", mediante la suma de los valores declarados en los renglones 17 a 23, restado el valor del renglón 24, "el resultado final, por lógica aritmética, es absoluto y no admite variaciones", y que, si realizadas estas operaciones, se obtuviera un valor equivocado, se estaría en la hipótesis del numeral 3 del Artículo 697 del Estatuto Tributario, emergiendo evidente e irrefutable el error aritmético, sin que se requiera controvertir la existencia de los valores denunciados, por no ser procedente.

No obstante, advirtiendo que el a quo soporta su decisión en el aspecto probatorio de los valores declarados en el renglón 20, analiza las pruebas al efecto aportadas y estima que éstas eran defectuosas y no podían, por tanto, ofrecer la certeza que se les reconoció en el fallo.

El certificado de contador público, por no estar acreditada la competencia profesional de éste, de conformidad con los Artículos 1 y 3 de la Ley 43 de 1990, ni haberse presentado ningún documento expedido por la Junta Central de Contadores.

La relación de beneficiarios anexa al escrito de , porque los valores discriminados en la misma, difieren sustancialmente de los certificados por el contador, "de manera que la sentencia apelada tiene por ciertos unos costos y deducciones que ni la misma actora puede determinar claramente (...) (quedando) en evidencia la dimensión de la inconsistencia en la prueba que 'ofrecieron certeza' al Honorable Tribunal...".

Los certificados de CORPAVI, BANCO MERCANTIL y BANCOQUIA, el primero, en cuanto no especifica los intereses y costos financieros; el segundo, por no coincidir sus valores con los relacionados por la contribuyente; y el último, por la misma razón anterior.

Los comprobantes de recibo de intereses moratorios pagados a Impuestos Nacionales, por no ser reconocibles como deducciones tales intereses, según criterio expuesto en la sentencia de 4 de Agosto de 1990, expediente # 46, Magistrado Ponente, Doctor Carmelo Martínez Conn, algunos de cuyos apartes transcribe.

Los defectos probatorios señalados, permitirán "formular una duda y una conclusión": la duda, cómo logró certeza el a quo sobre los costos y deducciones en cuestión, para asumir que lo que existía era un error de transcripción mecanográfica; la conclusión, la sentencia se estructuró en la falsa premisa de la realidad de los costos y deducciones, por lo cual sus conclusiones son erradas.

El Señor Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso, estima que las aclaraciones de la recurrente reflejan fielmente la realidad del asunto, y las comparte, pues, aunque la irregularidad en que incurrió la contribuyente fuera justificable, la misma, "encaja dentro de la definición que ofrece el Artículo 697, numeral 3, del Decreto 624 de 1989" y hacía procedente practicar la liquidación de corrección.

Se pronuncia por la revocación de la sentencia y la denegación de las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACION DE LA SALA

La tesis general adoptada por la Sala en otras providencias, es la de que el error aritmético, según se concibe éste en el Artículo 40 del Decreto 2503 de 1987 (0 697 del Estatuto Tributario), solo se puede entender como un fenómeno de resultados exclusivamente numéricos que, de suyo, excluye cualquier razonamiento lógico o jurídico tocante al origen, naturaleza o caracteres de los guarismos puestos en una relación de cálculo dada, y que, consiguientemente, la función de corrección se debe contraer a la verificación sobre la exactitud de la función y efectos aritméticos.

Pero, así mismo que, conforme a la primera hipótesis del Artículo en mención, "los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables". deben aparecer "correctamente" declarados.

En el asunto motivo de la controversia, el resultado del renglón 25 ("total costos y deducciones"), supuestas la debida relación aritmética entre los *ítems* y la exactitud de éstos, debía estar dado por la suma de los renglones 20 a 23, menos el valor del renglón 24 ("inventario final"); no obstante, como la contribuyente alegó no haber declarado correctamente el ítem del renglón 20 ("intereses y demás gastos financieros"), resulta claro que se imponía, antes de resolverse definitivamente sobre la procedencia de la corrección, verificar el hecho aducido, actuación que en modo alguno podría contrariar los principios enunciados, toda vez que el examen de cantidades y cifras obrantes en documentos diferentes de la declaración misma, se mantiene dentro del campo de la simple confrontación aritmética de los guarismo.

En otros términos, la valoración de la prueba documental anexa a la demanda y la verificación de sus cifras, no implicaba, como lo supone la parte demandada, asumir en el fondo el conocimiento sobre la admisibilidad fiscal de las deducciones solicitadas en el renglón 20 de la declaración, sino de establecer simplemente si el valor ahí registrado era correcto, o no, desde el punto de vista aritmético.

Por otro aspecto, si bien la relación de beneficiarios hecha en el memorial de reconsideración y la certificación de contador público acompañada a la demanda, carecían de mérito probatorio, no cabe decir lo mismo de los comprobantes expedidos por entidades financieras y la propia Administración, que obraron en juicio en copias autenticadas y ofrecían el mérito que les atribuye la Ley, según se desprende, entre otros, de los Artículos 117, inciso 1, y 765 del Estatuto Tributario.

Los reparos de la Administración, relativos a "inconsistencias" de la prueba en cuestión, o a la no deducibilidad de los intereses por impuestos, son manifiestamente contradictorios con la posición que se dice asumida. Si se parte del supuesto de que ni la relación de beneficiarios ni el certificado de contador tenían relevancia probatoria alguna, mal pueden servir de apoyo para demostrar que la documentación restante no coincide con los mismos; si lo que se debate es cuestión de mera informalidad aritmética, no es procedente calificar la deducibilidad de unos intereses, que es materia propia de una liquidación de revisión; adicionalmente, CORPAVI certifica "pagos por todo concepto", que deben tenerse como "gastos financieros" de los consignados en el renglón 20 de la declaración, salvo prueba contraria.

En discrepancia con las ponderadas reflexiones del Señor Procurador Delegado, no se concede prosperidad al recurso de la Administración.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Confírmase la sentencia apelada.

El Doctor JUAN CARLOS ESGUERRA CARDENAS tiene personería para actuar en nombre de la parte demandada.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate*

Jorge A. Torrado, Secretario.

LIQUIDACION DE CORRECCION ARITMETICA Improcedencia/ **LIQUIDACION DE REVISION**

Los valores por "deducciones realizadas" presentados en ceros en la declaración no podían ser correctos, dada la existencia en la misma declaración de una partida por tales deducciones, que si bien no afectaba el contexto de la declaración a partir de este punto, ameritaba una averiguación mínima sobre la inconsistencia reportada, sin tocar elementos de fondo atinentes a la admisibilidad fiscal o no de los ítems por deducciones. Aunque la sustitución de guarismos realizada por la Administración no se motive en causa de improcedencia relativa a la índole intrínseca de las partidas, de hecho implica el rechazo de éstas, con el mismo efecto que podría producir una liquidación de revisión, pero sin las formalidades de ésta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C. Noviembre veintisiete de mil novecientos noventa y dos.

Ref: Radicación 4361. Apelación sentencia del 26 de Junio de 1992 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto a la renta por el año de 1986. Actor: Comercializadora El Proveedor Ltda. FALLO.

Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la Sala el recurso de apelación que el Director de Impuestos Nacionales, debidamente representado, interpone contra la sentencia de 26 de junio de 1992, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento fiscal promovido por la COMERCIALIZADORA EL PROVEEDOR LTDA., respecto de la liquidación de corrección aritmética # 0065 de 10 de Marzo de 1989 y la Resolución # 0482 de 21 de Noviembre del mismo año, expedidas por las unidades de

liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, en relación con el impuesto sobre la renta del período impositivo de 1986.

ANTECEDENTES

Expresó la unidad de liquidación haber corregido error aritmético en el renglón 174 de la declaración, "ya que al totalizar los ingresos sumó los descuentos y rebajas en lugar de restarlos y como consecuencia, cambia la renta bruta (renglón 242)"; igualmente, que las deducciones del renglón 244, columna 10, 2es (sic) cero (0) y no $72.408.964 y por lo tanto, se modifican la renta líquida gravable, el total del impuesto a cargo y el saldo a pagar...."; aplicó sanción por corrección.

El acto fue confirmado íntegramente en la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Dice violados, por los conceptos que se resumen:

1. El Artículo 45 del Decreto 2503 de 1987, en cuanto se habría producido una liquidación de revisión y no de corrección, supuesto el rechazo de la totalidad de las deducciones, no obstante aparecer consignado el valor de éstas, en la columna 11 del formulario", donde se habrían depurado las bases gravables.

2. El Artículo 40 ib., porque dicha columna 11, renglones 234 a 280, se habría diligenciado correctamente, no así las columnas 9 y 10, concretamente, el renglón 230, presentado en ceros, constatándose que los costos y deducciones de los renglones 183 a 233, no corresponden a hechos imponibles o bases gravables, sino a la "sumatoria de los costos y expensas, siendo de por sí evidente la no existencia de error aritmético en ninguna de las **bases gravables** que para la correcta determinación de los impuestos exige el formulario oficial..." (subrayas en el texto).

3. El Artículo 45 ib., teniendo en cuenta que la totalidad de las bases gravables de la columna 11 son correctas y no era procedente que, "por la no inclusión de una cantidad en una sección meramente informativa", es decir, las columnas 9 y 10, que no identificaban bases gravables, se tuviera que pagar, "una cantidad tan onerosa, desconociéndose además la atestación de contador público, donde con su firma aprueba la existencia de unas deducciones que de común ocurrencia, afectan los estados financieros de cualquier persona o entidad que ejecute actos de comercio y que la administración dentro de la instancia que tuvo para verificar no aceptó....".

4. La orden administrativa DIN # 004 de 13 de Diciembre de 1988, en el numeral 7-3, inciso 4º, en la que se habría dicho que la corrección aritmética solo procedía en caso de no justificarse la diferencia encontrada y cuando no se tratara de omisión en la transcripción del contribuyente, "que no afecte el conjunto de su declaración, caso en el cual se le enviará un oficio indicándose los errores cometidos y advirtiéndole que debe solicitar la corrección de los mismos...."

Se habría ignorado dicha orden, "aún con conocimiento de que la no inclusión de la partida referente a las deducciones no justificaba la diferencia encontrada, ni afectaba en ningún caso el conjunto de la declaración...".

5. El Artículo 66 del Decreto 2543 de 1987, sobre obligatoriedad para los funcionarios, de los conceptos de la Dirección de Impuestos Nacionales.

LA SENTENCIA APELADA

Encuentra válidos los argumentos de la demandante, en consideración a que, los supuestos de error aritmético del Artículo 40 del Decreto 2503 de 1987, solo se darían parcialmente en el renglón 174 de la declaración del período, y no en los restantes, aparte de haberse rechazado íntegramente las deducciones solicitadas, sin requerimiento previo, con violación del Artículo 45 ib..

EL RECURSO DE APELACION

Se reafirma en la legalidad de la corrección, por razones análogas a las expuestas en los actos acusados.

Niega que se hubiera producido algún rechazo por concepto de deducciones, dada la circunstancia de que, por haberse anotado cero en el correspondiente renglón, la declarante no había solicitado ninguna, habiéndose tenido en cuenta los valores declarados y fundado en la presunción de veracidad del Artículo 33 de la Ley 52 de 1977.

Añade, que la declaración no acompañó anexos que permitieran verificar errores u omisiones de transcripción y enviar el aviso previsto en la orden administrativa citada por la demandante, incumpliéndose el precepto del Artículo 4º del Decreto 2503 de 1987, sobre el contenido de la declaración.

LOS ALEGATOS

El señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, se pronuncia por la confirmación de la sentencia.

Como razones de su dicho, expresa que el hecho de haberse sumado a los ingresos netos, en el renglón 174, los descuentos y rebajas, en vez de restarlos, fue una equivocación consistente en efectuar una operación aritmética improcedente, pero que no se acomodaría a las previsiones del Artículo 40 del Decreto 2503 de 1987; y que tampoco el hecho de anotar equivocadamente deducciones por $72.408.964 en el renglón 244, no obstante figurar este concepto, en la columna 10, en cero, correspondería a ninguna de las situaciones contempladas por la norma.

La parte demandada, a su vez, dice que la elaboración y presentación de la declaración tributaria, constituyen obligaciones de hacer sujetas a las formalidades

señaladas por la Ley, la que igualmente establece las consecuencias del incumplimiento.

Destaca, que el Artículo 40 del Decreto 2503 de 1987 describe y enumera los errores aritméticos, como resultados "de un ejercicio matemático en el cual los factores de cálculo no fueron puestos en la debida relación o no fueron puestos por su valor exacto", según lo expuesto en la sentencia de la Sala, de 9 de Agosto de 1991, proceso # 3278.

Se habría realizado en el caso, pues, el supuesto del error aritmético, ya que en el renglón 174, al totalizarse los ingresos se sumaron los descuentos y rebajas, en lugar de restarlos, variándose la renta bruta; y en el renglón 244 se restaron deducciones por $ 72.408.964, cuando las que correspondía restar eran las del renglón 230, columna 10, esto es, la sumatoria de los renglones 208 a 229, que aparecían en ceros.

Sostiene, así mismo, que el *a-quo* carece de razón, respecto de la exigencia de un requerimiento especial previo, pues no se trataba de liquidación de revisión, sino liquidación de corrección aritmética, fuera de que la Administración no habría rechazado deducción alguna, limitándose a tener por ciertos los hechos de la declaración, que no contenía informe sobre deducciones, ni anexos que permitieran verificar la realidad de lo controvertido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme a reglas de juicio aplicadas por la Sala en diversas providencias, el error aritmético, según el Artículo 40 del Decreto 2503 de 1987 (o 697 del Estatuto Tributario), es un fenómeno de resultados exclusivamente numéricos, opuesto, de suyo, a razonamientos lógicos o jurídicos referentes al origen, naturaleza o caracteres de las cifras puestas en una función de cálculo dada, que restringe el ejercicio de la facultad de corrección a la mera verificación sobre la exactitud de la función y efecto aritmético, y que requiere, así mismo, en términos de la primera hipótesis del citado, Artículo 40, que "los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables", aparezcan "correctamente" declarados.

En la cuestión de *litis*, como bien lo afirma la accionante, los valores por "deducciones realizadas" presentados en ceros en la declaración (renglón 208 a 230), no podían ser correctos, dada la existencia, en la misma declaración, de una partida por $72.408.964 de tales deducciones (renglón 244), que si bien no afectaba el contexto de la declaración a partir de este punto, ameritaba una averiguación mínima sobre la inconsistencia reportada, sin tocar elementos de fondo atinentes a la admisibilidad fiscal, o no, de los *ítems* por deducciones.

Por otra parte, la Administración resalta el hecho de que los "ingresos netos" (renglón 274) tampoco eran correctos, por haberse sumado a éstos, en vez de restarlos, los "descuentos y rebajas", con lugar a otra inconsistencia, que debió provocar la correspondiente investigación, y no directamente la corrección aritmética.

Aunque la sustitución de guarismos realizada por la Administración, no se motive en causas de improcedencia relativas a la índole intrínseca de las partidas, de hecho, implica el rechazo de éstas, con el mismo efecto que podría producir una liquidación de revisión, pero sin las formalidades de ésta.

En consecuencia, no está llamado a prosperar el recurso de la Administración.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA.

Confírmase la sentencia apelada.

La Doctora SANDRA CONSUELO RODRIGUEZ ALMANZA tiene personería para obrar en nombre de la parte demandada.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

Actor: Comercializadora El Proveedor, Ltda.

LEY EN EL TIEMPO/ACTUACION PROCESAL/TERMINO PROCESAL/ NORMA PROCESAL

Cuando el Artículo 4o. segunda parte, de la Ley 153 de 1887 se excluyen de la regla de la aplicación inmediata de la Ley procesal, "los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas" como sujetos a la "Ley vigente al tiempo de su iniciación" es claro que se habla inmediatamente de términos, actuaciones y diligencias de las partes o del juez en el proceso, y no exclusivamente de los de éste o de una sola de las partes, por elemental sentido lógico y jurídico. Y como declarar rentas y bienes, es una "actuación" y el plazo de que dispone la Administración para ejercer sus funciones de fiscalización, investigación o determinación, es un "término", sin duda, tales actuaciones y términos se deben regir por las normas vigentes a tiempo de su iniciación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C. Diciembre tres de mil novecientos noventa y dos.

Ref.: Radicación 4294. Apelación sentencia de Junio 8 de 1992, tribunal de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos el impuesto a la renta de 1986. Actor: Gonzalo Gómez y Cia. S. en C. FALLO.

Magistrada Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la Sala del recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpone el Director de Impuestos Nacionales contra la sentencia de 8 de Junio de 1992, estimulada de las súplicas de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Caldas, en el contencioso de restablecimiento fiscal promovido por GONZALO GOMEZ OSSA y CIA., S. en C., respecto de la liquidación de revisión #0046 de 20 de Abril de 1990 y la resolución #0053 de 2 de Abril de 1991, expedidos por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración

de Impuestos Nacionales de Manizales, por las que se determina el impuesto sobre la renta del período impositivo de 1986 y decidió el recurso gubernativo existente.

ANTECEDENTE:

Previos, informes de visita contable y requerimiento especial, la liquidación impugnada destimó una "amnistía patrimonial" ($10.710..871), "pasivos" ($15.724.872) y "retención en la fuente" ($18.104), habiendo determinado la renta por comparación patrimonial, reajustado el anticipo por 1987 y aplicado sanción por inexactitud ($28.966), acto confirmado en la vía gubernativa, no encontrándose probada la nulidad de la liquidación por notificación fuera de término, ni desvirtuados los fundamentos de la comparación patrimonial.

LA DEMANDA:

Dice violado, por los conceptos que se resumen, los siguientes preceptos:

1. Los Artículos 20 y 22 del Decreto 3803 de 1982 y 75 de la Ley 9a. de 1983, relativos al término de revisión oficiosa, suspensión de éste y firmeza de la liquidación privada por falta de aplicación.

Se explica, que presentada la declaración del ejército el 14 de Mayo de 1987, los dos años para modificarla habrían vencido el 15 de Mayo de 1989, incluido, con efecto suspensivo, solo el día en que se había adelantado la visita de inspección y no el lapso previsto para responder el requerimiento (notificado el 14 de Agosto de 1989), por suponerse que éste se tenía que haber hecho antes de concluir el término de revisión; y que, dado que la liquidación oficial aparecía notificada el 20 de Abril de 1990, la misma seria nula, según el Artículo 57-3 de la Ley 52 de 1977, por encontrarse fuera de dicho término.

2. Los Artículos 45, 46, 47, 48, 50, 51, 53 y 54 del Decreto 2503 de 1987, por indebida aplicación, y 40 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación, pues el proceso de determinación se iniciaría, no con el requerimiento especial como lo sostuvo la Administración, sino con la presentación de la declaración de renta, acto contentivo de una confesión sobre los hechos generadores del tributo, que adquiriría firmeza por el transcurso de los dos aludidos años y en relación con el cual, el requerimiento solo representaría la culminación de una etapa investigativa para el ejercicio del derecho de defensa frente a la Administración,pero dentro de un limite de tiempo, que es seguridad jurídica que impide que el administrado quede indefinidamente a merced suya, aspecto sobre el que se habría pronunciado esta Corporación en sentencia de 22 de Noviembre de 1987, con ponencia del señor Consejero Jaime Abella Zárate, algunos de cuyos apartes se transcriben.

No procedería, pues, la aplicación al caso de las señaladas normas del Decreto 2503 de 1987, que regían para el futuro, y teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1987, la aplicación inmediata de las normas procesales tenía excepciones; y que aún admitiendo la reducción del término por las

nuevas normas, el requerimiento especial se debía notificar dentro de los dos años siguientes a la presentación de la declaración de renta, lo que no ocurrió.

Subsidiariamente, indica quebrantados, por lo que hace al rechazo de pasivos y la comparación de patrimonios, los Artículos 74 del Decreto 2053 de 1974, 91 y 116 del Decreto 187 de 1975 y 13, 14 y 15 del Decreto 3803 de 1982, en cuanto a los pasivos, por haberse ignorado la prueba documental aducida en el proceso gubernativo; referente a la comparación, por desconocerse el ajuste por "rentas exentas" ($4.964.354) aceptadas expresamente en la resolución del recurso gubernativo, que daría lugar a la disminución de la diferencia patrimonial a la cantidad de $7.134.840, no justificada, que impondría la modificación de la liquidación oficial.

Igualmente, los Artículos 7 y 17 de la Ley 38 de 1969, 94 de la Ley 9a. de 1983 y 81 de la Ley 75 de 1986, respecto del reajuste del anticipo por 1987, supuesto que habiéndose presentado ya la declaración por este ejercicio, pagado la totalidad de los correspondientes impuestos y vencido el término de revisión de tal declaración, carecería de objeto el pago del reajuste.

LA SENTENCIA APELADA:

Encuentra demostrado el cargo principal, atinente a las reglas sobre aplicación de la Ley en el tiempo. Sostiene, al efecto, que en la fecha de presentación de la declaración del período discutido, el 14 de Mayo de 1987, regia el Artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, según el cual, la ausencia de notificación de la liquidación de revisión, dentro de los dos años siguientes a la presentación de la declaración o corrección de ésta, implicaba la firmeza de tal declaración, disposición complementada por el Artículo 22 del Decreto 3803 de 3803 de 1982, en materia de las causales de suspensión del indicado término; y que, contrariamente, no procedía aplicar al caso, como lo pretendió la Administración, las normas del Decreto 2503 de 1987, en particular sus Artículos 46, 51 y 53.

Esto porque, en términos del Artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el principio de la aplicación inmediata de la Ley procesal estaría limitado, entre otras, por la excepción relativa a "los términos que hubieran empezado a correr", punto en el que resultaría bien ilustrativa la jurisprudencia citada por la demandante y la asentada en el auto de la Sala, de 15 de Mayo de 1968, con ponencia del Señor Consejero Hernando Gómez Mejía, cuyos principales párrafos se reproducen.

Prosigue, pues, que referida la excepción a etapas procesales pendientes o en surtimiento y a términos que han empezado a correr, el análisis de la Administración sería erróneo, porque en el proceso de determinación del impuesto actúan ambas partes, iniciándose éste con la presentación de la declaración tributaria, para el caso, el 14 de Mayo de 1987, fecha en la que de acuerdo con el Artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, vigente a la razón, se había iniciado el término para que la Administración notificara la "liquidación oficial", en tanto que, de conformidad con la Ley nueva, el Artículo 53 del Decreto 2503 de 1987, lo habría sido para que se notificara el "requerimiento especial"; pero que como el primer término debía correr hasta su conclusión

bajo el imperio de la Ley anterior, ninguna notificación realizada por la Administración, así fuera la primera, podía variar el término en curso.

Puntualizada, con arreglo a lo probado en el proceso, haber concluido el plazo de la revisión el 15 de Mayo de 1989, por ser inhábil el Domingo 14; y, en lo tocante a la suspensión de dicho lapso, que solo podría haber tenido lugar ésta, de conformidad con el Artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, en razón de la inspección tributaria adelantada que duro un día, el 2 de Mayo de 1989, pues, en el acta correspondiente, se dice iniciada en esta fecha sin que obre constancia de haberse extendido más allá, no obstante el "Procedimiento extraño" realizado por la unidad de recursos tributarios el 16 de Noviembre de 1990, varios meses después de interpuesto el recurso de reconsideración, consiste en haberse pedido a la unidad de fiscalización certificación de la fecha de terminación de la visita, la que respondió que el lo había ocurrió el 14 de Agosto de 1989. Tal actuación seria "extraña", porque la fecha certificada no consta en el acta de visita, ni se dan elementos de juicio que la sustenten, no pudiendo admitirse como prueba, por no haber sido controvertida por el contribuyente, a más de que la inspección, según esto, habría excedido el termino de tres meses previsto por el citado Artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, hecho irregular ignorado por el contribuyente.

Habría concluido, pues, el término para notificar la liquidación de revisión, el 16 de Mayo de 1989, por lo que, para cuando se produjo el requerimiento especial, el 14 Agosto de 1989, habría precluido la oportunidad de la Administración para que se mantendría aun admitiéndose que la suspensión hubiera operado por el termino máximo de tres meses, que vencerían el 2 de Agosto de 1989, pues reanudado el computo de los dos años, cuando faltaban solo nueve días, los mismos se habrían cumplido el 16 de los mismos mes y año, y como el requerimiento se había notificado el 14 anterior, suspendido nuevamente el término hasta el 14 de Noviembre de 1989, la liquidación debía notificarse a más tardar el 16 de Noviembre subsiguiente, resultando igualmente extemporánea varios meses, en esta segunda hipótesis, pues se notifico el 20 de Abril de 1990.

EL RECURSO DE APELACION

Acepta que el proceso tributario comience con la declaración, pero sin que ello implique que las normas procesales aplicables sean las vigentes entonces, pues, de este modo se quebrantaría el principio de la aplicación inmediata de aquellas y se impediría que la Administración actuara conforme al nuevo procesamiento en relación con todas las declaraciones presentadas antes.

Agrega, que la excepción del Artículo 40 de la Ley 153 de 1887, se debe entender referida necesariamente a las actuaciones y diligencias de la Administración, como el auto comisorio, el requerimiento especial y la liquidación de revisión discutidos, que no se expidieron bajo la vigencia del Decreto 3803 de 1982 y la Ley 9a. de 19783, ni eran aplicables al caso, según lo sostiene el Tribunal; y que no siempre los pronunciamientos jurisprudenciales son incontrovertibles ni aplicables a todos los de

agosto de 1974, transcrito por al resolución del recurso gubernativo, que recogería la posición defendida por la Administración.

La presentación de la declaración, no significaría que los términos que regían "para la practica y notificación de ciertos actos de la Administración", fueran inmodificables bajo el nuevo procedimiento, cuando tales actos ni siguiera se habían contribuyente, sujeto de todos modos al nuevo ordenamiento procesal y protegido por términos para responder requerimientos y objetar liquidaciones, que garantizarían su derecho de defensa.

La Administración, pues, habría obrado con sujeción al nuevo ordenamiento procedimental establecido por el Decreto 2503 de 1987; y supuesto que, presentada la declaración el 14 de Mayo de 1987, a partir de aquí, según el Artículo 45 ib., se disponía de dos años para notificar el requerimiento, éste, notificado el 14 de Agosto de 1989, habría quedado en término, pues, aunque los dos año, por efecto de la inspección tributaria adelantada durante este lapso, conforme al Artículo 54 ib., asimismo, que concluido el plazo para responder el requerimiento, el 14 de Noviembre de 1989, y teniéndose, según el Artículo 51 ib., un término de 6 meses para modificar la liquidación privada, esto es, hasta el 14 de Mayo de 1990, la liquidación de revisión, notificada el 10 de Abril del mismo año, seria igualmente oportuna.

Con referencia a las cuestiones de fondo. manifiesta reiterar las argumentaciones de la contestación de la demanda y el alegato de primera instancia, así como las razones expuestas por la Administración en la vía gubernativa, para que no se reconozca el pasivo solicitado, ni se acceda a variar la renta determinada por comparación de patrimonios, o las cifras del anticipo establecidas por 1987; se expresan los fundamentos de tales peticiones.

LOS ALEGATOS:

La Señora Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso, doctora Ana Margarita Olaya de Obando, se pronuncia por la confirmación de la sentencia recurrida.

Sus apreciaciones giran en torno del problema de la aplicación de la Ley en el tiempo, que tiene como asunto central de la controversia y dice objeto de numerosos pronunciamientos de esta Corporación, observados en el fallo, en particular, la sentencia proferida en el proceso #4020, actor, Jaime Figueroa Pérez, Consejero Ponente, Doctor Guillermo Chahín Lizcano, que en caso análogo, sostuvo que la actuación administrativa de determinación del tributo, en cada ejercicio gravable, se debía entender iniciada con la presentación de la declaración tributaria, empezando a correr, de aquí, el término para la notificación valida de la liquidación de revisión, conforme a la norma entonces vigente, que lo era, en el proceso que se ventilaba, el Artículo 75 de la Ley 9a. de 1983 y no el Artículo 51 del Decreto 2503 de 1987, ni el 702 del Estatuto Tributario que, en su momento, había invocado la Administración.

Concluye así, retomando los extremos litigiosos ahora debatidos, que cumplida la presentación de la declaración del período el 14 de Mayo de 1987, la Administración, en principio, debía notificar la liquidación de revisión el 14 de Mayo de 1989, pero que habiéndose suspendido el término por la inspección de libros de contabilidad, el 2 de Mayo de 1989, y por el requerimientos, el 14 de Agosto del mismo año, por lapsos de tres meses cada año, según el Artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, "a partir del 2 de noviembre de 1989, se empezarían a contar los 12 días calendario que le restaban a la Administración para notificar la liquidación oficial", en forma que la notificación de ésta, el 20 de Abril de 1990, "se produjo por fuera del término con que contaba la Administración para modificar la declaración privada presentada por la demandante.."

No se conocen otras alegaciones de las partes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Aparte de las acertadas apreciaciones y conclusiones del a que y del Ministerio Público, que se comparten, cabe precisar:

1. En el campo impositivo, "actos procesales" no son solamente los realizados por funcionarios de la Administración Tributaria, según lo da a entender el señor abogado de la demandada, sino también en grado de igual relevancia, los ejecutados por los contribuyentes o responsables, fundamentalmente, tratándose de éstos, la declaración, de objeción de actas de inspección tributaria, pliego de cargos y requerimientos administrativos, e interposición de recursos; y, de aquella, la fiscalización e investigación, requerimiento, liquidación y decisión de impugnaciones.

Por ello, cuando en el Artículo 40, segunda parte, de la Ley 153 de 1887 se excluyen, de la regla de la aplicación inmediata de la Ley procesal, "los términos que hubieran empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas", como sujetos a la "Ley vigente al tiempo de su iniciación", es claro que habla indistintamente de términos, actuaciones y diligencias de la partes o del juez en el proceso, y no exclusivamente de los de éste o de una sola de las partes, por elemental sentido lógico y jurídico.

Y como declarar rentas y bienes, es una "actuación", y el plazo de que dispone la Administración para ejercer sus funciones de fiscalización, investigación o determinación, es un "termino", sin duda, tales obligaciones y términos se deben regir por las normas vigentes a tiempo de su iniciación.

2. Al comienzo del acta de la inspección tributaria, se dice que el funcionario comisionado se hizo presente en el domicilio de la inspeccionada, "a los dos (2) días del mes de Mayo de 1989", y al final de la misma, que "no siendo otro el objeto de la presente diligencia, se da por terminada..", debiendo colegirse que la inspección concluyo el mismo día, hecho corroborado por el "informe" de la unidad de fiscalización (oficio #2-1-1768, Noviembre 19 de 1990), no obstante la contradicción que el texto encierra, según el cual, "la fecha de terminación de la visita (..), fue el 14 de Agosto

de 1989, fecha en la que se dio traslado del requerimentos especial, toda vez que fueron realizadas investigaciones posteriores a la notificación del auto comisorio y a la inspección contable.." (Subrayas fuera de texto).

Como consecuencia, aun en circunstancia de que fueran aplicables aquí las normas del Decreto 2503 de 1987 que pretende la Administración, tanto el requerimiento como la liquidación de revisión se hallarían fuera de término.

En efecto, dado que el plazo para presentar la declaración, en el caso particular de la demandante, venció el 15 de Mayo de 1987 (Artículo 3, paragrafo 2, Decreto 451 de 1987), el requerimiento especial se debió notificar, a más tardar, el 16 de Mayo de 1989 (Artículo 45, inciso final, Decreto 2503 de 1987), sumado el día de suspensión provocado por la visita, y la liquidación, el 16 de febrero de 1990, sumados los tres meses previstos para responder aquel y los seis meses en que correspondía notificar ésta (Artículos 46 y 51, ib.); sin embargo, el primero lo fue el 14 de Agosto de 1989 y la segunda, el 20 de Abril de 1990, en forma visiblemente inoportuna.

No esta llamado a prosperar el recurso de la Administración.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección, Cuarta de su Sala de lo Contenciosos, administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

INGRESO NETO -Determinación/**COSTOS/RENTA PRESUNTIVA/RENTA BRUTA**

Según el Artículo 3o. del Decreto 353 de 1984 "se entiende por ingreso neto el valor de los ingresos brutos realizados durante el año", menos los descuentos, rebajas y devoluciones", es decir resulta de absoluta claridad que la Ley únicamente permite, para establecer el monto de los ingresos netos, deducir las sumas referidas. Luego no se puede aceptar la manera como la contribuyente justifica la exclusión de algunos activos, no solo porque los ingresos brutos para ser netos solo admiten que sean deducidas las devoluciones, rebajas y descuentos, sino porque la rotación de inventarios que se pretende excluir de la base para calcular renta presuntiva no es imputable a cosa distinta que a costos de la actividad, y por lo tanto al descontable, el resultado obtenido, no es el ingreso neto sino la renta bruta.

RENTA GRAVABLE - Determinación/**RENTA PRESUNTIVA/COSTOS/INGRESO NETO**

Dentro de los sistemas adoptados por la ley para determinar la renta de los contribuyentes, está el sistema ordinario y general de la depuración, así mismo se autoriza otros sistemas como el de la comparación de patrimonio, el de la renta presuntiva, el de la renta proporcional y otros que se apartan del modelo normal de depuración. En el sistema de renta presuntiva no se trata de obtener un dato de renta bruta real, sino precisamente por ser la líquida inferior a una hipotética que ha debido producir, se adopta ésta y no otra . Por ello no juega el concepto de los "costos" en la misma forma como influyen en el sistema ordinario . Además es claro que para efectos de establecer la base del cálculo de los ingresos con el fin de determinar la renta presuntiva, únicamente se pueden restar las devoluciones, rebajas y descuentos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

REF: EXPEDIENTE No 4145. ACTOR : COMERCIALIZADORA DE ALIMENTOS S.A. AUTORIZADOS NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Comercializadora de Alimentos S.A. contra la sentencia del 18 de febrero de 1.992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la cual se le denegaron las Súplicas de su demanda interpuesta contra la liquidación de Impuestos de Renta correspondiente al año de 1985.

ANTECEDENTES

La sociedad Comercializadora de Alimentos S.A. presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá su Liquidación privada de Impuesto sobre la Renta para el año de 1985, el 5 de mayo de 1986. Previo requerimiento especial enviado a la contribuyente, la citada Administración expidió la liquidación de Revisión 096, en la que se modificó la base para el cálculo de la renta presuntiva y, en consecuencia, aumentó el monto del impuesto a la Renta y anticipo a pagar por la contribuyente.

Contra dicha liquidación de revisión interpuesto la contribuyente recurso de reconstrucción, que le fue decidido desfavorable a través de la Resolución 73 del 24 de agosto de 1989. Señalo la Administración en este oportunidad,, tal y como lo había hecho en el memorando explicativo anexo a la liquidación oficial, que la operación practicada por la contribuyente para determinar el monto de la renta presuntiva había sido equivocada, por cuanto descontó los costos para sacar el ingreso neto, que es la base para determinar la renta presunta, de conformidad con Artículo 3 de Decreto 353 de 1984, En consecuencia , confirmo la liquidación de revisión recurrida.

LA DEMANDA

En desacuerdo, la sociedad Comercializada de Alimentos S.A., por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de la acción de restablecimiento de derecho, incoó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitando que se declara la unidad de los actos administrativos a que determinaron el impuesto a la Renta y complementación para el año de 1985 y que en consecuencia se restablecerá el derecho que le asiste a pagar y liquidar el impuesto de conformidad con su declaración privada. Como normas violadas citó las siguientes: Artículo 15 del Decreto 2053 de 1974; Artículo 3 del Decreto 353 de 1984. Sostuvo que, al determinar la base para el cálculo de la renta presuntiva, la administración incluyó unos ingresos no susceptibles de construir renta, desconociéndose el contenido de inciso 2, Artículo 15 de la Ley 9a de 1983. Señalo que la rotación de inventarios, o el cambio de un por otro, no producen incremento patrimonial.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en fallo de fecha 18 de febrero de 1992, denegó las súplicas a la contribuyente. Sostuvo que el Artículo 3 del Decreto 353 de 1984 señala de manera taxativa cuáles conceptos pueden restarse de los ingresos netos con el fin de establecer la base de cálculo para la renta presuntiva, y que lo descontado por la contribuyente no encaja en dicha enumeración. Afirmó que el monto de los ingresos netos tomado por la Administración corresponde a la cantidad consignada por la contribuyente en su declaración de renta. Señalo igualmente que los costos solo pueden ser descontados de la renta bruta y no del ingreso que descontados de la renta bruta y no del ingreso neto. Como consecuencia de lo anterior, el a-quo al anticipo para el año de 1986.

LA APELACION

La sociedad COMERCIALIZADORA DE ALIMENTOS S.A., en desacuerdo con lo dispuesto en la sentencia arriba reseñada, interpone recurso de apelación recurso de apelación, tomando como fundamento del mismo, los argumentos ya esgrimidos en primera instancia. Señala que de conformidad con el Artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, la renta líquida gravable se determina sumando los ingresos capaces de producir un incremento neto en el patrimonio al momento de su percepción, debiéndose por lo tanto excluir aquellos ingresos que no tiene la potencialidad de incremar el patrimonio. Afirma además que los ingresos que se descontaron con el fin de establecer la renta presuntiva, fueron restados precisamente porque no eran susceptibles de construir renta.

Como Consecuencia de lo anterior, insiste en la improcedencia del anticipo para el año de 1986.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad, por la intermedio de representante judicial, solicita que se confirma la sentencia recurrida. Para respaldar su solicitud, afirma que la manera en que se estableció la base para el cálculo de la renta presuntiva por parte de la Administración fue correcta, puesta que únicamente se pues de descontar de los ingresos netos los conceptos consagrados taxativamente en el Artículo 3 del Decreto 353 de 13984. Agrega que no posibles, como lo solicita el actor, que los costos de deduzca del ingreso neto. Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, señala que a la apelante no le asiste la razón en cuanto a la improcedencia del anticipo.

CONCEPTO FISCAL

La representa del Ministerio Público, afirma que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada. Sostiene que la contribuyente, al solicitar que se incluyan los costos como factor descontable de los ingresos netos, le está dando a los normas aplicables un carácter distinto al que realmente tienen, puesto que esta operación conduce a determinar la renta bruta y no los ingresos netos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A juicio de la Apelante, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá se equivocó al establecer el monto de los ingresos, base para calcular la renta presuntiva, al haberle restado a los ingresos brutos únicamente las devoluciones, rebajas y descuentos. Sostiene, tomando como fundamento el Artículo 15 del Decreto del Decreto 2053 de 1974, que un ingreso es neto únicamente cuando se susceptible de producir un incremento en el patrimonio, y señala que en el *Sub-lite*, las sumas por ella descontadas, no eran susceptibles, no eran susceptibles de producir dicho incremento, siendo en consecuencia ajustada a derecho la cifra por ello declarada como renta presuntiva . Agrega, como consecuencia de lo anterior, que el anticipo para el año gravable de 1986 es improcedente.

Sea lo primero señalar, que de conformidad con el Artículo 3 del Decreto 353 de 1.984 , parágrafo primero, se entiende por ingreso neto, el valor de los ingresos brutos realizados durante el año, menos los descuentos, rebajas y devoluciones. Resulta de una absoluta claridad, habida cuenta del texto anterior, que la ley únicamente permite, para establecer el monto de lo ingresos netos, deducir las sumas correspondientes a los conceptos arriba citados.

La apelante, tomando la Sala la manera como el representante judicial de la contribuyente justifica la exclusión de dichos activos, no solo porque, como ya se estableció, los ingresos brutos, para ser netos, solo admiten que sean deducidas sumas por concepto de devoluciones, rebajas y descuentos, sino porque, sin lugar a dudas, esa operación que pretende excluir de la base para calcular la renta presuntiva no es imputable a cosa distinta que a costos de la actividad, por lo tanto, al descontarla, el resultado obtenido, como bien afirmó el juez de primera instancia, no es el ingreso neto sino la renta bruta. El apelante sufre una lamentable confusión de los sistemas adoptados por la ley para determinar la renta de los contribuyentes. El sistema ordinario y general es el de depuración que parte de los ingresos brutos de los cuales se descuentan los conceptos de devoluciones, rebajas y descuentos (casualmente porque no son ingresos) y de éstos los costos para obtener la renta bruta y de ésta las deducciones para llegar a la renta líquida y de ésta las exenciones para obtener la renta líquida gravable. La ley autoriza otros sistemas especiales como el la comparación de patrimonios, el de la renta presuntiva; el de la renta proporcional (Transporte internacional) y otros que se apartan del modelo normal de depuración y adopta conceptos propios a los cuales es necesario atender, por ser especiales.

En el sistema de renta presuntivas de obtener un dato de renta bruta real, sino precisamente por la líquida inferior a una hipotética que ha debido producir (según porcentaje y bases fijadas por la ley, se adopta ésta y no otra. Por ello no juega el concepto de los costos en la misma formas como influyen en el sistema ordinario.

Por lo demás, el Artículo 3 del Decreto 353 de 1.984 es claro al señalar que, para efectos de establecer la base de cálculo de los ingresos con el fin de determinar la renta presuntiva, únicamente se pueden restar, aparte de las sumas por concepto de

devolución, rebajas y descuentos, los valores que correspondan a los *ítems* en él enumerados.

No existe, por consiguiente, razón jurídicamente que permita considerar acertada la interpretación dada por la contribuyente a las normas que regulan la forma de determinar el ingreso neto y su utilización con el fin de obtener la base para cálculo de la renta presuntiva,

Revisada la actuación impugnada, la Sala encuentra que la AdmInistración de Impuestos Nacionales de Bogotá efectuó las operaciones pertinentes de manera acertada sin que se observe ninguna de las irregularidades atribuidas por la sociedad actora.

En cuanto al anticipo, éste se determinó siguiendo los parámetros señalados por la Ley 9 de 1983 en su Artículo 94, y de acuerdo con el resultado obtenido al practicarse la liquidación oficial de Impuesto a la Renta para el año de 1985. Al no detectarse error alguno en la manera como se determinó la renta presuntiva por parte de la Administración, y al depender de ello el cambio en el monto del anticipo, debe también confirmase en cuanto a este punto, el contenido de la decisión del a-quo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Confírmase la sentencia apelada de fecha 18 de febrero de 1.992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de Origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

REQUERIMIENTO ESPECIAL -Motivación/LIQUIDACION DE REVISION/ PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA

Dado que el reconocimiento que precedió a la actuación impugnada planteó, en suma concreta, el reajuste de la renta presuntiva establecida "como consecuencia de la suma de la totalidad de los dividendos obtenidos" fundado en las normas legales respectivas, y presentó claramente, en cuadros explicativos anexos, la eventual incidencia del reajuste proyectado, no cabe duda de que fue suficientemente explícito en cuanto a los presupuestos fácticos y jurídicos de la rectificación anunciada y las consecuencias impositivas de ésta, con arreglo a una motivación más que "sumaria". A su vez como en la liquidación de revisión se acogen los planteamientos del requerimiento, dentro de hipótesis de hecho y de derecho idénticas, no se encuentra por parte alguna disparidad entre ellos dos.

INGRESO POR DIVIDENDOS/COSTOS/DEDUCCIONES/RENTA PRESUNTIVA

Los "costos y deducciones" con los que cabría afectar el ingreso por dividendos, no pueden ser otros que los costos "imputables" a éstos y las deducciones que guarden "relación de causalidad con las actividades productoras de renta" como "necesarias y proporcionales de acuerdo con cada actividad" "con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad". Las previsiones del literal a) del ordinal 3o. del Artículo 4o. del decreto 353 de 1984 estatuyen un procedimiento de cálculo excepcional, cuando existan deducciones que por su naturaleza sean comunes a la totalidad de los ingresos, lo que significa, por supuesto, que ni los denominados "costos" ni las deducciones que "por su naturaleza" no sean comunes a la totalidad de los ingresos, no pueden ser materia de dicha porcentualidad.

COSTO GLOBAL/COMPAÑIA DE SEGUROS/RENTA BRUTA/DEDUCCIONES/RENTA DE CAPITAL/RENTA DE TRABAJO

Un ordenamiento normativo que se apoya reiteradamente en los criterios de causalidad, necesidad, proporcionalidad o normatividad del costo o gasto, no admite el pretextado "sistema del costo o gasto global" como mecanismo general de deducibilidad. Por lo común las rentas de capital o de trabajo carecen de costos o deducciones que les pueden ser imputados directamente o por vía de los gastos generales a menos de acreditarse los mismos. En el caso particular de las compañías de seguros y capitalización los Artículos 37 y 38 del decreto 2053 de 1974 (o 96 y 97 del Estatuto Tributario) se ocupan de regular la fecha de determinación de la renta bruta, entendiéndose que a la que se establezca procede aplicar las normas ordinarias de la deducibilidad, para fijar la renta líquida.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ANTICIPO -Reajustable/**LIQUIDACION DE REVISION/LIQUIDACION PRIVADA**

El anticipo es parte de la liquidación privada que debe contener toda declaración tributaria, según se desprende de las normas legales que disponen presentar en la declaración tributaria "la liquidación privada de los respectivos impuestos" y pagar cierto porcentaje del impuesto de renta y patrimonio "determinado en la liquidación privada, a título de anticipo del impuesto de renta del año siguiente al gravable". Por tanto, cuando el Artículo 41 de la Ley 52 de 1977 (o 702 del Estatuto Tributario) autoriza la modificación de la liquidación privada, mediante liquidación de modificación, se entiende "toda" la liquidación privada y no una fracción de la misma, pues el texto de la norma no hace semejante distingo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C. Diciembre cuatro de mil novecientos noventa y dos.

Ref.: Radicación 4298. Apelación sentencia Junio 5 de 1.992. Tribunal de Cundinamarca, juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto a la renta y complementarios por el año gravable de 1985. Actor: Aseguradora Colseguros S.A . FALLO

Magistrada Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Aseguradora Colseguros S.A., la actora, por conducto de apoderado, apela de la sentencia de 5 de junio de 1.992, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento fiscal promovido contra la liquidación de revisión No 0015 de 23 de agosto de 1988 y la resolución No 0086 de 19 de septiembre de 1.989, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá , por las que

se determinó al impuesto sobre la renta del período impositivo de 1985 y se resolvió el recurso existente.

Sobre el recurso, cumpliendo el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento, el acto liquidatorio fijó la renta liquida por presunción, sumando a está " los dividendos efectivamente obtenidos por $ 34.179.480 (...) , ya que dentro de la declaración de renta no formaron la manera en que estos dividendos fueron efectuados y en la repuesta al requerimiento no comprobaron cuáles son los costos y deducciones imputables a dichos ingresos ...", habiéndose modificado, igualmente, el importe del anticipo por 1986.

Dicho acto fue confirmado íntegramente en la vía gubernativa, por razones similares.

LA DEMANDA

Dice , en síntesis, que tanto en el Artículo 4 numeral 3, del Decreto 353 de 1984, norma violada, como en las propias instrucciones impartidas por la Dirección de Impuestos, se preveía claramente la afectación de los dividendos, antes de su adición a la renta presuntiva establecida, por costos y deducciones imputables directamente o , proporcionalmente, si eran éstos comunes.

Asimismo, que el requerimiento especial no expresó las razones por las que se tomaría la totalidad de los dividendos, limitándose a citar los Artículos 15,16 y 17 de la Ley 9a de 1983 y 1,2,3 y 4 del Decreto 353 de 1984, sin exigir prueba alguna, razones que solo se concretaron en tal liquidación oficial, por lo que no se habría dado la debida correspondencia entre estos actos, contemplada por el Artículo 42 de la Ley 52 de 1977, infringiéndose éste, asunto sobre el que se habría pronunciado esta Corporación en sentencia de 3 de Abril de 1.987.

De otro lado, que la sociedad, con fundamento en su declaración, había argumentado, cómo el total de las deducciones realizadas en el período ($ 2.912.100, renglón 251), afectaba el total de los ingresos ($ 2.565.729, renglón 249), y que, por el carácter de comunes que tenían aquéllas, no se podía desconocer sin quebrantar el Artículo 33 de la misma Ley 52 de 1977, que tiene por ciertos los hechos de la declaración, no pudiendo pretenderse, como lo había hecho la oficina de recursos tributarios, que tales costos y deducciones fueran inherentes a los dividendos, desconociéndose que uno de los fundamentos del impuesto sobre la renta en Colombia, desde 1927, es el sistema de la " renta global" consagrado en el Artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, o 23 del Estatuto Tributario, opuesto al "cedular", sistema aquél en el que la totalidad de los ingresos estaría afectada por la totalidad de egresos,

con la sola excepción de los ingresos agropecuarios y de trabajo; por este concepto, se habría violado el Artículo 15 citado.

Del mismo modo, que la causalidad y proporcionalidad del gasto sobre los dividendos, se establecería, no como lo pretende el funcionario de recursos, solo por los costos y deducciones imputables a éstos, sino con criterio comercial de acuerdo con el Artículo 45 del Decreto 2053 de 1974, conforme a la jurisprudencia reiterada por el Consejo de Estado, particularmente, en la sentencia de 23 de abril de 1976, cuando anuló el Artículo 57 y 58 del Decreto 187 de 1975, y también en la de 9 de octubre de 1975, cuando anuló el Artículo 56 ib. (Se transcriben apartes de éstas). Así que, no pudiendo el gobierno, por Decreto reglamentario, fijar proporcionalidad a determinadas rentas, tampoco podría hacerlo el Director de Impuestos Nacionales, o un liquidador, sin respaldo en disposición legal. Adicionalmente, no se podría desatender la índole de los negocios de la aseguradora que, por Ley, debe invertir sus reservas en títulos de fácil realización, en forma que las inversiones y los dividendos tendrían relación directa para determinar la renta bruta, con arreglo al Artículo 37 del Decreto 2053 de 1974.

Por lo que hace al anticipo por 1987, afirma que fue erróneo determinarlo en liquidaciones de revisión anteriores a tal año, porque, según aparece contemplado en el artículo 94 de la Ley 9a de 1983, el mismo es una forma de pago y no impuesto, y que aunque aparezca en la liquidación privada, no hace parte del impuesto del año gravable, careciendo de lógica que practicada la liquidación de revisión, cuando ya se ha pagado el impuesto del período siguiente, se obligue a pagarlo nuevamente con intereses, para después devolver el sobrante o pago en exceso, sin intereses, que sería lo pretendido en el caso.

Se habría dicho en la resolución del recurso, que a pesar de no existir que dispusiera la inclusión del anticipo en el acto liquidatorio, existía la que ordenaba liquidarlo como impuesto y fijar el porcentaje aplicable, procediendo su determinación en la liquidación, para facilitar al contribuyente el cumplimiento del Artículo 94 de la Ley 9a de 1983, que sería una " bella forma" de ayudar a aquél haciéndole decir a la Ley lo que no dice e ignorando que el objeto de la liquidación no era otro que el la creación del crédito a favor del Estado. El anticipo figuraría en la liquidación privada, pero no como parte de ésta, sino a título informativo, como crédito separado, pues el Artículo 1 del Decreto 3830 de 1982, sobre contenido de la declaración, no lo contempla, y aunque sí lo hace el Artículo 4 del Decreto 2503 de 1987, no cabría aplicar retroactivamente el mismo. De este modo, rebasaría la Administración su competencia, porque el Artículo 19 del Decreto 3803 de 1982 la faculta para modificar la liquidación privada, pero no el anticipo del año siguiente; el Artículo 49 de la Ley 52 de 1977, que trata del contenido de la liquidación, no incluiría el anticipo.

LA SENTENCIA APELADA

Respecto de la alegada falta de " correspondencia " entre el requerimiento especial y la liquidación de revisión, encuentra que el primero, " explica numérica y detalladamente las razones en que se sustenta", habiendo sido controvertido por la requerida en todos sus aspectos, lo que implicaría que tal explicación era suficiente para el oportuno ejercicio del derecho de defensa ; y que la segunda, se funda en la misma normas citadas por el requerimiento, evidenciándose, " la correspondencia entre los dos actos".

En cuanto a la afectación, por costos y deducciones, de los dividendos discutidos, advierte que, según lo reconoce la demandante, el sistema de renta global tiene excepciones, pues el Artículo 4, numeral 3, del Decreto 353 de 1984, excluye los dividendos del indicado sistema, los que efectuarían solo en razón de costos y deducciones imputables a los mismos; destaca, además, el hecho de que esta Corporación, en sentencia de 22 de Febrero de 1.991, dictada en proceso No 1301, con potencia del Señor Consejero Carmelo Martínez Conn, hubiera anulado algunas disposiciones del aludido Decreto, pronunciamiento en el que se basó la sentencia del Tribunal, de 23 agosto de 1992, expediente No 7331, para concluir que el numeral 3º del Artículo 4º del Decreto citado, no era aplicable, "por la remisión que hace el literal A del numeral 3º", debiendo serlo el Artículo 17 de la Ley 9a de 1983, en el sentido de que " los dividendos deben agregarse a la renta presuntiva, sin que sea posible efectuarlos con costos y deducciones....".

Por lo mismo, tampoco estima de recibo las argumentaciones sobre la necesidad y proporcionalidad del gasto.

Del anticipo determinando por el período siguiente, rechaza el supuesto de que este no forma parte de la liquidación privada; sobre el particular, reproduce apartes de la sentencia de la Sala, de 3 de agosto de 1990, expediente No 2399, Consejero Ponente, doctor Jaime Abella Zárate.

EL RECURSO DE APELACION

Reitera argumentos esenciales de la demanda, con énfasis en que la Administración convirtió una cuestión planteada en la falta de correspondencia entre el requerimiento y la liquidación y, concretamente, en haberse sustentado ésta en la ausencia de prueba sobre los costos y deducciones, en tanto que en aquél no se había exigido prueba alguna .

Añade, que la sola cita de disposiciones legales no es suficiente para entender cumplida la formalidad del requerimiento, como se prevee este en el Artículo 42 de la Ley 52 de 1977, y que la libertad del contribuyente para ejecutar sus recursos, no exime a la Administración de la carga de la motivación.

De otro lado, que la prueba de las deducciones comunes, a más de no haber sido objeto del requerimiento, no la contempla la Ley en parte alguna como requisito de la depuración de dividendos, rigiendo el sistema de renta global y considerándose que el hecho presumido no exige prueba; al respecto, se transcriben partes de la sentencia de esta Corporación, de 2 Febrero de 1.990, con ponencia del señor Consejero Jaime Abella Zárate.

Niega que el numeral 3 del Artículo 4 del Decreto 353 de 1984, según se dice en la sentencia, estableciera excepciones al sistema de renta global para los dividendos; simplemente, el Tribunal habría tenido en cuenta solo la última parte del Artículo," deformando totalmente su sentido".

Igualmente, dice equivocadamente la interpretación que el mismo hace de la sentencia por la que se anularon algunas disposiciones del Decreto en mención, debiendo considerarse por las mismas razones que se tuvieron, en su momento, para no decretarse la nulidad; ello porque si el Artículo 17, inciso 1 de la Ley 9a de 1983, ordena no computar los dividendos en la determinación de la renta líquida, ni en los ingresos netos, y el inciso 2 ordena sumarios a la "renta líquida", " es porque deseaba que se depuraran, o sea, que se agregaran ya efectuadas por los gastos...".

Sobre el anticipo, afirma que el mismo *a-quo*, en sentencia de 7 Septiembre de 1985, expediente No 3975, sostuvo que el anticipo era " una obligación accesoria, pero distinta del impuesto", no pudiendo tenérsele como un mayor del impuesto a cargo, sino como obligación diferente y paralela a la del impuesto por pagar; del mismo que en la sentencia recurrida no se examinaron los aspectos referidos a la competencia, conforme a los Artículos 1 y 19 del Decreto 3803 de 1982, en contravía del contenido de la declaración y facultad de la administración para modificar la liquidación de revisión, que no incluye el anticipo.

LOS ALEGATOS

La parte demandante manifiesta que, como en el escrito de apelación expuso " ampliamente" su conformidad con la sentencia recurrida, se propone " aprovechar " el traslado, para referirse a la sentencia de la Sala, de 18 de Septiembre de 1992, proferida en el proceso 4086, en caso similar , lo que en efecto hace.

La parte demandad, a su turno expresa compartir las apreciaciones y conclusiones del fallo apelado, en lo concerniente a la esgrimida falta de correspondencia entre el requerimiento y la liquidación, a lo cual agrega que la contribuyente, por virtud de lo dispuesto en el Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, debía probar los costos y deducciones imputables a los dividendos declarados, imputabilidad establecida igualmente en el Artículo 4, numeral 3, del Decreto 353 de 1984, que no habría tenido en cuenta la demandante y que imponía que ésta, cuando se le requirió para tal fin, comprobara tales costos y deducciones, " no en forma "global" ", como se pretendió, sino específicamente, como lo exige la norma..." , según se puntualizó en la resolución del recurso gubernativo.

Asi mismo, entiende acertado el fallo censurado, en cuanto a los alcances que le atribuyó a la decisión anulatoria de algunas disposiciones del aludido Decreto 353 de 1984: y también, en lo " que constituía una exigencia legal del Artículo 94 de la Ley 9a de 1983", pues el hecho de que se hubiera pagado el impuesto por 1986, el siguiente al revisado, no implicaba que la administración pretendieran nuevamente su exigibilidad total, sino el pago del mayor valor, junto con los intereses moratorios, pretensión legalmente justificada.

Por último, la Señora Procuradora Sexta Delegada ante esta Corporación, se pronuncia por la confirmación de la sentencia apelada.

Al efecto, ratifica lo dicho por su despacho en otras oportunidades, acerca de lo dispuesto por los Artículos 15 y 17 de la Ley 9a de 1983. La exclusión de las acciones y dividendos del cálculo del patrimonio y la renta líquidos y de los ingresos netos, significaría del mismo modo, la supresión de tales valores mobiliarios y sus ingresos, del cálculo de la base de presunción, lo que naturalmente producirá una disminución del patrimonio base y de la renta presuntiva, en forma que, disponiendo el inciso 2 del Artículo citado, " que a dicha renta debe sumársele el valor de los dividendos pagados o abonados a una sociedad anónima o asimilasa en el correspondiente ejercicio, es porque la Ley excluyó dicha renta del carácter de presuntiva cuando ella ha sido determinada en es forma.."

Y que sería lo mismo , " aplicarle el porcentaje señalado por la Ley para determinar la renta presuntiva a un señalado que ha sido aumentado con el valor de las acciones o con el valor de los dividendos a uno menor por la exclusión de dichos valores..."

De otra parte, que el aludido inciso 2 de Artículo 17, no habla de la depuración de dividendos por costos y deducciones y que el literal A del numeral 3 del Artículo 4 del Decreto 353 de 1984, " no es aplicable por cuanto los valores a que se hace referencia, se relacionan con normas que fueron anuladas y por lo tanto hace que su aparente vigencia no pueda tenerse en cuenta que anuló el numeral 1 del Artículo 3 y los numerales 1 y 2 del Decreto citado, puntualizo que para esos efectos prevalecen las normas contenidas en la Ley.."

CONSIDERACIONES DE SALA

1. Conformidad de requerimiento y la liquidación.

En materia de requerimiento, dice el Artículo 703 del Estatuto Tributario, que el mismo debe contener, " todos los puntos que se prórroga modificar, con explicación de las razones en que se sustenta "; y en cuanto al a liquidación, el Artículo 711 ib., dispone que tal acto debe contraerse, " exclusivamente a la declaración del contribuyente y a los hechos que hubieron sido con templados en el requerimiento especial o en su ampliación , si la hubiere" .

Por otra parte, el Artículo 35 del decretó 01 de 1984 prevé que la decisión administrativa se motive, " al menos en forma sumaria, si afecta a particulares ".

Dado que el requerimiento que precedió a la actuación impugnada, planteó, en suma concreta, el reajuste de la renta presuntiva establecida, " como consecuencia del a suma de la totalidad de los dividendos obtenidos", fundado en los artículos 15,16 y 17 de la Ley 9a de 1983 y 1,2,3 y 4 del Decreto 353 de 1985, y presentó claramente, en cuadros explicativos anexos, la eventual incidencia del reajuste proyectando, no cabe duda de que suficientemente explícito en cuanto a los presupuestos fácticos y jurídicos de la rectificación anunciada y las consecuencias impositivas de esta, con arreglo a un motivación más que " sumaria ", obviamente , como bien lo advierte el Señor apoderado de la demandada, la carga de objetar el reajuste y pedir o presentar pruebas contra éste , era de la requerida, en los términos del Artículo 707 ib, la iniciativa de la Administración en este campo, cabria solo en relación con el evento de la ampliación del requerimiento, contemplado por el Artículo 708 ib., para " Decretar las pruebas que se estimen necesarias".

Como en la liquidación de revisión se acoge los planteamientos del requerimiento, dentro de hipótesis de hecho y de derecho idénticas, no se encuentran por parte alguna la disparada que pretende la demandante. El hecho de que en la liquidación se denote la ausencia de pruebas contra los fundamentos de las modificaciones introducidas a la liquidación privada, no varia los presupuesto del requerimiento, punto en el que es acertada la sentencia de primer grado.

2. Afectación de dividendos

Se parte del hecho cierto de que la sentencia de 22 de febrero de 1.991, de esta Corporación, no anuló el numeral 3 del Artículo 4 del Decreto 353 de 1984, y que la remisión que dicho numeral hace a otras disposiciones, anuladas o no, ni impide su aplicación. Pero se mantiene lo dicho en caso análogo , (fallo de 18 de septiembre de 1992 expediente 4086) en el sentido de que, por lo que se prevé en el mismo numeral y el sistema normativo especifico, los " costos y deducciones", con los que cabría afectar el ingreso por dividendos, no pueden ser otros que los costos " imputables" a éstos y las deducciones que guarden " relaciones de casualidad con actividades productoras de renta", como " necesarias y proporcionales de acuerdo con cada actividad", " con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad", que es lo que se establece en los Artículos 15,17,44 y 45 del Decreto 2053 de 1974.

Las previsiones del literal a) del citado ordinal 3, estatuyen un procedimiento de cálculo porcentual excepcional, para el caso de que, como ahí se expresa nítidamente, "existan deducciones que por su naturaleza sean comunes a la totalidad de los ingresos", lo cual significa, por supuesto, que ni los denominados "costos", ni las deducciones que, "por su naturaleza", no sean comunes a la totalidad de los ingresos, no pueden ser materia de dicha porcentualidad.

Si bien no se discute lo que debe entenderse por "sistema de renta global", lo cierto es que un ordenamiento normativo, que se apoya reiterativamente en los crite-

rios de causalidad, necesidad, proporcionalidad o normatividad del costo o gasto, no admite el pretextado "sistema de costo o gasto global", como mecanismo general de deducibilidad.

Por lo común, las rentas de capital o de trabajo carecen de costos o deducciones que les puedan ser imputados directamente o por vía de los gastos generales, a menos de acreditarse los mismos. En el caso particular de las compañías de seguros de capitalización, los Artículos 37 y 38 del Decreto 2053 de 1974 (o 96 y 97 del Estatuto Tributario) se ocupan de regular la forma de determinación de la renta bruta, entendiéndose que a la que así se establezca, procede aplicar las normas ordinarias de la deducibilidad, para fijar la renta líquida.

En conclusión, no habiéndose demostrado que los dividendos de que se trata hubieran sido afectados por erogaciones específicas, no era admisible su depuración por imputación directa de costos y deducciones, ni por la afectación proporcional que se plantea en la demanda y el recurso de apelación en este aspecto no puede prosperar, toda vez que los demás argumentos del apelante, en su alegato final no se dirigen a cuestionar la sentencia del Tribunal *a-quo*.

3. Reajuste del anticipo

El anticipo es parte de la liquidación privada que debe contener toda declaración tributaria, según se desprende de los Artículos 1, numeral 5, del Decreto 3803 de 1982 y 94 de la Ley 9 de 1983, respectivamente, que disponen presentar en la declaración tributaria, "la liquidación privada de los respectivos impuestos" y pagar cierto porcentaje del impuesto de renta y patrimonio, "determinado en la liquidación privada, a título de anticipo del impuesto de renta del año siguiente al gravable" (subrayas fuera del texto).

Por tanto, cuando el Artículo 41 de la Ley 52 de 1977 (o 702 del Estatuto Tributario) autoriza la modificación de la liquidación privada, mediante liquidación de revisión, se entiende "toda" la liquidación privada y no una fracción de la misma, pues el texto de la norma no hace semejante distingo, aspecto en el que igualmente, debe sostenerse la decisión del *a-quo*.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de Ley

FALLA

Confírmase la sentencia apelada.

El Doctor LUIS ALBERTO SANDOVAL NAVAS tiene personería para actuar por la parte demandada.

Cópiese, publíquese, notifiquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

NULIDAD PROCESAL -Causales/PARTES -Representación/REPRESENTACION JUDICIAL/NULIDAD PROCESAL -Saneamiento/LEGITIMACION PROCESAL

De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil la indebida representación se encuentra enlistada como causal de nulidad, pero conforme al mismo ordenamiento legal, la misma solo se configura "por ausencia total del poder para el respectivo proceso", evento que no aconteció. Por otra parte, dicha causal de nulidad solo puede ser alegada eficazmente por la parte mal representada o afectada por el vicio, es decir, la Nación, siendo improcedente entonces alegar la parte contraria debidamente representada, máxime cuando de conformidad con el numeral 3o. del Artículo 144 del mismo Código, la supuesta inconsistencia estaría convalidada tácitamente al haber actuado en el proceso sin alegarla obviamente la parte legitimada para el efecto.

VENTA EXENTA/VENTA EN SAN ANDRES/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/HECHO GENERADOR

Es requisito *sine qua-non* para que el hecho generador esté excluido del impuesto a las ventas que "la venta y entrega real de los bienes" se efectúe dentro del territorio de la Isla de San Andrés y Providencia, y obviamente en forma directa por el responsable o a través de sucursal, agencia o establecimiento de comercio suyo; es decir que para tener derecho a la exención del impuesto a las ventas, ello no puede interpretarse sin considerar al sujeto (responsable) a quien la Ley le concede el beneficio de la exención. El hecho generador debe realizarlo el responsable del impuesto dentro de esa zona geográfica, directamente cuando lo realiza mediante sus propios establecimientos comerciales. También podrá hacerlo en forma indirecta mediante agentes comerciales pero cuando llevan la representación y vendan por cuenta de la fábrica, con plena responsabilidad de ésta.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

REFERENCIA EXPEDIENTE NO. 3594. ACTOR: COLCHONES RESORTADOS EL ENCANTO LTDA. IMPUESTOS (VENTAS). FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad "Colchones Resortados El Encanto Ltda." Nit. 90.308.318, contra la sentencia de fecha 7 de marzo de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, negó las súplicas de la damanda en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la mencionada sociedad contra la operación administrativa que le determinó los impuestos a las ventas a su cargo por el período gravable de 1986.

ANTECEDENTES

La sociedad "Colchones Resortados El Encanto Ltda.", presentó su declaración tributaria del impuesto sobre las ventas por el período gravable de 1986 (seis bimestres), el día 7 de mayo de 1987, ante la Administración de Impuestos de Cali, en cuya liquidación privada fijó los impuestos a cargo en la suma de $703.994.00.

Por Auto Comisorio No. 0033 del 15 de marzo de 1988, la Administración de Impuestos ordenó la inspección contable a los libros de contabilidad de la sociedad, con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, en cuanto a libros de contabilidad e impuesto sobre las ventas, resultados que se encuentran expuestos en Acta de fecha 6 de abril de 1988.

Con base en esta diligencia, la Administración libró el Requerimiento Especial No. 017 del 30 de diciembre de 1988, proponiendo la modificación de la liquidación privada sobre los siguientes aspectos: 1) adición a los ingresos por operaciones gravadas, de la suma de $3.616.518 por concepto de ventas no declaradas, 2) reclasificar y gravar con el impuesto la suma de $11.410.122.00, declarada como ventas exentas, 3) rechazo de impuestos descontables por valor de $856.221.00 y 4) sanción por inexactitud.

Con fecha 28 de marzo de 1989, la sociedad presentó los correspondiente descargos, que la Administración no aceptó, y procedió a practicar liquidación de revisión No. 016 del 26 de mayo de 1989, determinando un mayor valor por concepto de impuestos y sanción en la suma de $3.874.626.00, como consecuencia de las glosas anunciadas y la sanción por inexactitud, reducia ésta última por cuanto la sociedad aceptó las glosas sobre los impuestos descontables en la suma de $358.548.00.

Contra éste acto administrativo, la sociedad interpuso recurso de reconsideración el día 21 de julio de 1989, que aceptó impuestos descontables por valor de $410.061.00 y confirmó los demás puntos.

En vista de lo anterior, la sociedad acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que concretó en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la cual alega violación de los Artículos 40 de la Ley 153 de 1887 (subrogada por el Artículo 10 del Código Civil). 73, 633 del Código Civil, 832, 836, 864, 871,1.262, 1,287, 1.317 y siguientes del Código de Comercio, 2 (sic) de la Ley 52 de 1977, 2 del Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario), 152 del Código de Procedimiento Civil, 57 de la Ley 52 de 1977, numeral 6 de la Ley 1 de 1972, Decreto Reglamentario 424 de 1984, 27 del Código Civil, Decreto 444 de 1967, 59 de la Ley 52 de 1977, 744 del Decreto 624 de 1989, 98 de la Ley 9ª de 1983 y 26 de la Constitución Nacional, frente a la adición de ventas, reclasificación de ventas excluidas, rechazo de impuestos descontables y sanción por inexactitud.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, denegó las súplicas de la demanda, al considerar que era legal la actuación de la Administración de Impuestos Nacionales respecto a los temas tratados. En efecto, consideró que era procedente la adición de las ventas no declaradas, por aparecer probado en la investigación que realizó la Administración, que existían cheques girados a la sociedad que no contabilizaron ni declararon las transacciones que dieron origen a esos pagos, no habiéndose demostrado en la vía gubernativa y tampoco en la jurisdicción, que dichas ventas habían sido efectuadas por un socio en forma independiente a las realizadas por la sociedad. Estimó, que tampoco se allegó la prueba plena que demostrara que las ventas reclasificadas y gravadas por la Administración, habían sido realizadas en San Andrés (Islas) y no en Cali, por cuanto el contrato de agencia comercial aportado, aparte de que carece del correspondiente registro mercantil, del mismo no podía establecerse que tales ventas fueron efectuadas realmente en San Andrés (Islas) y no en Cali, como lo estableció la Administración, y con relación a los impuestos descontables, observó que la partida impugnada ante la jurisdicción fue aceptada por la sociedad con oportunidad del requerimiento especial, beneficiándose de la reducción de la sanción por inexactitud, por lo que no podía volver a objetar ese punto, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 723 del Estatuto Tributario.

LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad actora con la sustentación del recurso de apelación, cuestiona dos aspectos que en su concepto generan la nulidad de la sentencia apelada, uno, la ilegítima representación de la funcionaria de la Administración de Impuestos en cuyo poder no coincide el nombre y tampoco el Nit de la sociedad demandante; y dos, negligencia y denegación de justicia, por cuanto no apreció como prueba la declaración extrajuicio del señor Julián Fernández A. para efectos de desvirtuar la adición de ventas.

Objeta igualmente, la decisión del Tribunal relativa a las ventas efectuadas en San Andrés Islas, que gravó la Administración al establecer que la venta se realizó en Cali y no en San Andrés, reiterando su solicitud de reconocimiento de la exención,

porque el hecho de que la factura hubiera sido elaborada en Cali y no en San Andrés, no quiere decir que la venta y entrega real se hubiera dado en Cali, porque la venta se inició con el pedido en la Isla a través del agente comercial.

En consecuencia, solicita a la Corporación revocar o anular la sentencia del Tribunal de fecha 7 de marzo de 1991, y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda.

LA PARTE OPOSITORA

La Dirección de Impuestos Nacionales, a través de uno de sus abogados de la División de Representación Externa, se opone a las pretensiones del apelante y solicita a la Corporación confirmar la decisión del Tribunal.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, emite concepto en esta oportunidad procesal considerando que la sentencia del Tribunal merece confirmarse, porque las objeciones formuladas en el recurso de apelación no generan la nulidad pedida, porque la indebida representación de conformidad con el Artículo 155 inciso 3º del Código de Procedimiento Civil, solo puede alegar la parte afectada, que en el caso sería la Nación; y en cuanto a la supuesta falta de apreciación de la prueba estima que tampoco genera nulidad.

Con relación a las ventas declaradas como exentas fueron gravadas por la Administración de Impuestos, la Fiscalía comparte íntegramente las consideraciones expuestas en la sentencia por el Tribunal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Aún cuando es cierto que el poder que obra al folio 67 del cuaderno principal, mediante el cual la Administración de Impuestos de Cali, otorgó poder especial a la doctora Alba Inés Cifuentes de Millán, para representar a la Nación en el proceso 16.830, actor: Colchones Resortes El Encanto (sic) contiene errores, tanto en el nombre o razón social de la sociedad, así como en el Nit. (90.308.317) éstas inconsistencias que pueden ser de orden mecanográfico, no generan nulidad procesal, y menos aún de la sentencia que decidió en primera instancia el proceso, pues no sería comparable a la ausencia de poder, y en todo caso es subsanable en la forma establecida en la Ley procesal.

De acuerdo con el numeral 7 del Artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, normatividad aplicable al proceso Contencioso Administrativo, la indebida representación se encuentra en listada como causal de nulidad, pero conforme al mismo ordenamiento legal, la misma solo se configura "por ausencia total de poder para el respectivo procesos", evento que aconteció. Por otra parte, tal como lo sostiene la apoderada de la entidad, y en el mismo sentido el colaborador fiscal, dicha

causal de nulidad solo puede ser alegada eficazmente por la parte mal representada, o afectada por el vicio, es decir, la Nación, siendo improcedente entonces alegarla a la parte contraria debidamente representada, máxime cuando de conformidad con el numeral 3 del Artículo 144 del mismo Código, la supuesta inconsistencia estaría convalidada tácitamente al haber actuado en el proceso sin alegarla obviamente la parte legitimada para el efecto, según lo previsto. En consecuencia, no asiste razón al apelante en este aspecto.

El apoderado de la sociedad también alega, que en la sentencia existe una clara muestra de negligencia y degeneración de justicia, porque el tribunal expresó que: "La declaración extrajuicio rendida por el señor Julián Fernández Arango (folio 37 del cuaderno principal) y que fue allegada por el accionante, no se puede apreciar, ya que no reune el requisito de ratificación que establece el Artículo 229 del C. de P.C., pero no advirtió que la declaración extraproceso fue rendida por el señor Julián Fernández Arango ante el Juez 21 Civil Municipal de Cali y le correspondía al magistrado de la causa efectuar su ratificación y no al accionante...."

Para la Sala resulta realmente censurable el proceder del apoderado de la sociedad actora, que frente a su propio descuido para solicitar oportunamente la ratificación de la prueba testimonial aportada de acuerdo con lo exigido por el Artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, ataca al magistrado del Tribunal, Corporación que con fundamento en la disposición citada desestimó acertadamente tal testimonio, siendo en efecto, a todas luces improcedente la pretensión del apelante ya que si bien es cierto que la ratificación del testimonio se hace ante el magistrado, para ello debía mediar solicitud del demandante dentro de la oportunidad probatoria (numeral 5 del Artículo 137 del Código Contencioso Administrativo) pues era a él a quien le correspondía la carga probatoria por ser la actora, petición que no formuló, y no podía el magistrado suplir su negligencia.

La solicitud que en tal sentido eleva a la Corporación en forma subsidiaria, no es procedente, por no encajar en ninguno de los eventos contemplados en el Artículo 214 del C.C.A., a los cuales se encuentra restringida la petición de pruebas en la segunda instancia.

Ahora bien, con relación al cargo planteado por violación del Artículo 1 del Decreto 428 de 1984, por cuanto la administración de Impuestos reclasificó y gravó las ventas con destino a San Andrés, Islas, declaradas como exentas, en la suma de $11.410.122.00, porque las mismas fueron facturadas en Cali y no en San Andrés, y no directamente por la sociedad, sino a través de agente comercial. De conformidad con la norma citada:

> "Se encuentran excluidas del régimen del impuesto a las ventas, los siguientes hechos generadores realizados en la Intendencia Especial de San Andrés y Providencias:
>
> a) . ....."

"b) **La venta y entrega real dentro del territorio intendencial de bienes producidos en el resto del Territorio Nacional**". (Subraya la Sala).

Es por tanto requisito *sine qua-nom* "la venta y entrega real de los bienes" se efectúe dentro del territorio de la Isla de San Andrés y Providencia, obviamente en forma directa por el responsable o a través de sucursal, agencia o establecimiento de comercio suyo.

La sociedad actora ha sostenido desde el inicio del proceso gubernativo y también ante la Jurisdicción, que tanto las ventas como la entrega real de los bienes se efectuaron en San Andrés (Islas), hechos que se cumplieron a través de agente comercial domiciliado en ella, quien hace los pedidos y posteriormente la sociedad junto con el despacho de la mercancía elabora la correspondiente factura en la ciudad de Cali, lugar del domicilio de la sociedad "Colchones Resortados El Encanto Ltda.", cumpliendo así con los requisitos exigidos por el literal b) del Artículo 10 del Decreto 424 de 1984.

La Sala observa, que la sociedad ha hecho un análisis parcial de la norma que consagra el derecho a la exención.

En efecto, si bien es cierto que la venta y también la entrega real de los bienes dentro del territorio intendencial, son los requisitos indispensables para tener derecho a la exención del impuesto a las ventas, ello no puede interpretarse sin considerar al sujeto (responsable) a quien la Ley le concede el beneficio a la exención.

Entonces, quien es el beneficiario de la exención es, obviamente, el responsable que desde luego ejecute o realice el hecho generador del impuesto, dentro del territorio intendencial, es decir la venta y entrega real de los bienes.

La Sala encuentra que el hecho generador debe realizarlo el responsable del impuesto dentro de esa zona geográfica, directamente cuando lo realiza mediante sus propios establecimientos comerciales. También podrá hacerlo en forma indirecta mediante agentes comerciales como los que regula el Artículo 1.317 del Código de Comercio pero cuando llevan la representación y venden por cuenta de la fábrica, con plena responsabilidad de ésta.

Pero lo que sucede en el caso que se resuelve, es que la fábrica demandante no ha comprobado ni la calidad ni las condiciones de quien afirma es su agente en San Andrés por las deficiencias del contrato anotado por el Tribunal y además porque fue aceptado por la misma reclamante que las facturas se elaboran y expiden en la ciudad de Cali, o sea, que no hay ninguna prueba que desvirtúe el hecho que en principio demuestran las facturas, que no es otro que el de haberse realizado los contratos en la ciudad de Cali y no en San Andrés; de todo lo cual se concluye que no ha demostrado los supuestos previstos en la norma invocada para gozar de la exención allí consagrada.

Por las razones que anteceden se impone confirmar la decisión del Tribunal, ya que como ha quedado establecido no le asiste razón al apelante en sus objeciones.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de fecha 7 de marzo de 1991, originaria del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, objeto de esta apelación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

BIEN GRAVADO -Retiro/**IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS** -Causación/ **LIBROS DE CONTABILIDAD**

Cualquier retiro de bienes sujetos al impuesto hecho por el responsables, bien sea para su propio consumo, o bien para entregarlo gratuitamente a un tercero, causa el impuesto sobre las ventas y para tal efecto el impuesto causado por la transferencia de dominio del bien, debe ser contabilizado al crédito en la cuenta corriente del impuesto que ordena llevar el Artículo 26 del Decreto 1988 de 1974 y normas reglamentarias. Y al no hacerlo así necesariamente implica que no está cumpliendo el responsable con la obligación de llevar los libros de contabilidad conforme lo exige el Código de Comercio, pues de acuerdo con los Artículos 48 a 50, estos deben llevarse no solo conforme con las normas de dicho estatuto, sino de acuerdo con la Ley y en la forma que indique dicho reglamento.

IMPUESTO DESCONTABLE/BIEN GRAVADO/DONACION

El hecho de que pagado el impuesto sobre bienes que el responsable adquiere o importa, y que utiliza en su producción o como gastos de administración y venta, sea deducible del impuesto a las ventas por pagar, porque tal beneficio está consagrado expresamente por los Artículos 21 y 26 del Decreto 1988 de 1974, tal como se reglamentó por el artículo 10 del Decreto 2815 de 1974. Es absolutamente improcedente pretender que cuando se entrega un bien a título oneroso, el valor del impuesto causado por esta enajenación, llevado al crédito, puede descontarse por el mismo responsable como débito, porque tal procedimiento no solo no está autorizado en la Ley sino que con él se elude el gravamen sobre los bienes dados en donación, con detrimento de los derechos del fisco sobre ese tributo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo-. Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

REF.: Expediente 3900. Actor: CIRCULO DE LECTORES S.A. NIT. 60.079.968. Apelación de la sentencia del 23 de julio de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impoventas I - III - V Bimestre de 1983 y 1º trimestre de 1984; y 1º semestre de 1982, VI Bimestre de 1982, II y VI bimestres de 1983 y IV Bimestre de 1983 (acumulados). FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora, contra la sentencia del 23 de julio de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad CIRCULO DE LECTORES S.A. NIT. 60.079.968, contra la operación correspondientes al I - III y V Bimestres de 1983 y 1 Trimestre de 1984; I semestre de 1982, VI bimestre de 1982, II bimestre de 1983, VI bimestre de 1983 y IV bimestre de 1983.

ANTECEDENTES

La sociedad actora, presentó las declaraciones del impuesto a las ventas por períodos correspondiente al I - II y V bimestres de 1984, 1 bimestre de 1984; I semestre de 1982, VI bimestre de 1982, II bimestre de 1983, VI bimestre de 1983 y IV bimestre de 1983 y solicitó impuestos descontables por la compra e importación de bienes que revende, o entrega gratuitamente a sus lectores, en la campaña denominada "Difusión por amistad".

La Administración de Impuestos Nacionales, en uso de las facultades conferidas por la Ley, ordenó inspección general a la contabilidad de la actora para verificar el impuesto sobre las ventas causado en dichos períodos fiscales.

Efectuada la inspección contable, la Administración constató que la sociedad contribuyente, cargaba doblemente los impuestos descontables correspondiente a los Artículos importados o comprados para su campaña, "difusión por amistad" así: Como cargo a proveedores, y como cargo a gasto, tomando como proveedor el mismo responsable.

Así mismo encontró que por los períodos aludidos no contabilizó como ventas, ni como mayor valor de la base gravable para el impuesto sobre las ventas, las entregas de "Difusión por Amistad".

Concluyó la comisión visitadora que debía adicionarse a la base gravable los bienes entregados por tal concepto no contabilizado como venta, en los libros de contabilidad ni declarados como ventas brutas por el responsable, y rechazarse los impuestos descontables cargados doblemente.

Con base en el acta de visita, la Administración mediante requerimiento especial, propuso a la sociedad declarante la modificación de la liquidación privada, como

consecuencia de la adición a la base gravable de las sumas no contabilizadas ni declaradas por "Difusión por Amistad" y el desconocimiento de los impuestos descontables que se habían contabilizado doblemente proposición que concretó, aída la respuesta al requerimiento, en las liquidaciones oficiales de revisión que practicó para fijar un mayor impuesto a cargo del contribuyente y donde impuso sanción por inexactitud.

Contra dichos actos administrativos, interpuso la sociedad recurso de reconsideración ante la misma Administración, los cuales fueron fallados confirmando las liquidaciones oficiales recurridas.

LA DEMANDA

Agotada la vía gubernativa, acudió la contribuyente en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acusando los actos administrativos de incurrir en violación de los Artículos 48 y 50 del Código de Comercio; 3 ordinal d), 8, 13, 21, 23 y 26 del Decreto-Ley 1988 de 1974; 13 del Decreto 2563 de 1974; 49 del Decreto Ley 3803 de 1982, por dar a los bienes entregados gratuitamente, el carácter de operaciones onerosas con terceros, y exigir registro contable por el valor de lo entregado, ya que a su juicio, es injurídico afirmar que a dichos retiros le son aplicables las exigencias relacionadas con los ingresos como son clasificarlos y llevar cuentas separadas.

Considera que la base gravable declarada compuesta por el valor de ingresos o transacciones onerosas con terceros, por la venta de Artículos gravadas, junto con el valor de los retirados para entregarlos como propaganda, y registrados como expensa o gasto, la solicitud del impuesto a cargo, contabilizado en la cuenta del mismo es correcta y que por lo tanto también los actos administrativos incurrieron en violación de Ley al aplicar la sanción por inexactitud.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda, al considerar que al revisar las observaciones de la visita practicada por la Administración, el memorando explicativo de los actos administrativos de determinación del tributo, las explicaciones del contribuyente, los hechos planteados en la demanda con relación de los bimestres I, III y V de 1983 y 1º trimestre de 1984, (procesos 5761) la adición a las ventas se fundó en el hecho de no llevar la empresa cuentas separadas de las ventas, como lo exige el Artículo 11 del Decreto 1484 de 1978, de modo que permitiera valorar el descuento tributario frente a las ventas gravadas y exentas de aquellas que no son objeto del descuento, en razón de ser excluidas, ya que lo adquirido en plaza, eran bienes excluidos para la época, y, por lo tanto, sin derecho a descuento, lo cual es, suficiente fundamento para la adición de ingresos. Que de acuerdo con la Ley los retiros para uso propio, o la llamada "Difusión de Amistad", si se considera como enajenaciones que no incluyó dentro de la base

gravable la sociedad actora, hecho no controvertido ni probado en el proceso, porque el dictamen sobre este punto se refiere a hechos diferentes, y además de él se desprende la incorrecta contabilización del impuesto a las ventas.

Igualmente que el análisis de los actos administrativos practicados por el 1 semestre de 1982, VI bimestre de 1982 y II y VI bimestres de 1983, (proceso 6110) frente a los hechos de la demanda y pruebas presentadas no permitían tomar determinación diferente para el caso del proceso 5761.

Que planteamiento y pruebas similares exponen tanto como fundamento de la Administración para la práctica de las liquidaciones oficiales por el IV bimestre, como el demandado para la defensa en el proceso 6272 correspondiente a este bimestre.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora apela la sentencia y critica que el Tribunal una vez decretada la acumulación hubiera procedido a dictar sentencia en cada uno de los procesos, desvirtuando el propósito de la acumulación.

Considera que la sentencia como los actos administrativos acusados incurren en la violación de los Artículos 10 y 11 del Decreto 1988 de 1974 en armonía con los Artículos 21 y 26 ordinal b) *Ibídem* , que confieren el derecho de descontar el gravamen que resulta a su cargo por ventas, el que haya pagado el responsable para adquirir los bienes y servicios constitutivos de costo o gasto de producción administración y ventas.

Reitera los planteamientos expresados en la demanda y expone su interpretación sobre tales Artículos cuando no hay valor agregado por el adquirente y concluye que el propósito del programa "Difusión por Amistad", no se hace a título gratuito, sino para vender más, con el ánimo de incrementar el patrimonio y no de disminuirlo, que es lo que caracteriza el acto de donación. Propósito que, en conclusión, descarta o excluye la aplicación del ordinal f) del Artículo 3 del Decreto 1988 de 1984. (Fl. 294).

Explica el manejo de la cuenta del impuesto a "las ventas por pagar" y concluye que la doble solicitud del descuento se aviene con la norma y pide que se revoque la sentencia y se acceda a las súplicas de la demanda.

OPOSICION

La entidad demandada a través de su apoderado judicial se opone a las pretensiones de la apelante y luego de un recuento de la actuación administrativa especialmente de las circunstancias establecida sobre la contabilidad de la actora en la inspección contable practicada, relacionadas con la no contabilización de las ventas efectuadas en el programa "Difusión con la no contabilización de las ventas efectua-

das en el programa "Difusión por Amistad", y de solicitar doblemente el impuesto descontable pagado por tal adquisición, pide que se confirme la sentencia apelada.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Sexto Delegado del Procurador General de la Nación no rindió concepto del negocio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia en el caso *sub-lite* está determinada sobre el tratamiento fiscal que la contribuyente dio a los Artículos entregados gratuitamente en un programa publicitario, y al descuento solicitado por el impuesto pagado en la adquisición de esos mismo Artículos.

Causación del impuesto por entrega a título gratuito

Observa la Sala en el acta de visita de junio de 1984 (fls. 23 a 42 cdno. ppal.) quedó consignado que las ventas de la sociedad estaban conformadas por enajenación de Artículos exentos y gravados, que éstos últimos eran entregados por la sociedad sin que se contabilizara para efectos del impuesto sobre las ventas, tales ingresos, por lo que la administración los adicionó.

Dispone el Decreto 1988 de 1974 en su artículo 3 literales d) y f):

"Para los efectos del presente Decreto, se considera que hay venta.....

d) En el retiro de bienes corporales muebles procesado, hecho de la empresa de su propiedad por el responsable del impuesto".

f) *En todo acto a título gratuito que tenga por objeto la transferencia de dominio.* (Subraya la Sala).

Es decir, que cualquier retiro de bienes sujetos al impuesto hecho por el responsable, bien sea para su propio consumo, o bien para entregarlo gratuitamente a un tercero, causa el impuesto sobre las ventas y para tal efecto el impuesto causado por la transferencia de dominio del bien, de acuerdo con los Artículos 5 del Decreto 1988 y 4 literal d) del Decreto 2815 de 1974, debe ser contabilizado al crédito en la cuenta corriente del impuesto que ordena llevar el Artículo 26 del mismo Decreto 1988 de 1974, y normas reglamentarias. Y al no hacerlo así, necesariamente implica que no está cumpliendo el responsable con la obligación de llevar los libros de contabilidad conforme lo exige el Código de Comercio, pues de acuerdo con los Artículos 48 a 50, que estima violados el demandante, estos deben llevarse no solo conforme con las normas de dicho estatuto, sino de acuerdo con la Ley y en la forma que indique el reglamento.

De otra parte de acuerdo con el Artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, que sustituyó el Artículo 27 de la Ley 52 de 1977, la omisión en la base gravable, de la cantidad correspondiente a una enajenación gratuita, sujeta al impuesto constituye inexactitud sancionable conforme con la Ley.

Entonces la actuación administrativa que modificó la base declarada por el contribuyente para incluir el valor de los artículos enajenados a título gratuito se ajustó a la previsión del artículo 3 literal f) del Decreto Legislativo 1988 de 1974, (antes transcrito) sin que sea necesario hacer lucubraciones sobre el beneficio económico que tal sistema de difusión de ventas traiga para la empresa, para concluir que no trata la empresa de empobrecerse sino por el contrario incrementar su patrimonio y que el acto de disposición no es gratuito y por ende no sujeto a impuesto a las ventas.

A juicio de la Sala la decisión del Tribunal que denegó las súplicas de la demanda en los juicios acumulados y por los bimestres en ellos comprendidos, con relación a este punto, merece confirmación.

Impuestos descontables

No existe ninguna duda sobre el hecho de que pagado el impuesto sobre bienes que el responsable adquiere o importa, y que utiliza en su producción, o como gastos de administración y venta, sea deducible del impuesto a las ventas por pagar, porque tal beneficio está consagrado expresamente por los artículos 21 y 26 del Decreto Legislativo 1988 de 1974, tal como se reglamentó por el artículo 10 del Decreto 2815 de 1974.

Pero lo que cuestionó la Administración, fue el hecho de que la sociedad contribuyente descontara doblemente un mismo impuesto pagado, hecho con el cual finalmente la sociedad pretendió eludir el gravamen sobre los bienes enajenados en su campaña "Difusión por Amistad", pues si bien afirma que sobre dicha enajenación acreditó el impuesto, también debitó, como impuesto descontable, la misma cantidad no pagada, tal como claramente lo admite cuando a página 5 (fls. 295 cdno. ppal.) dice:

> "Constatado está también como se aprecia en las citadas páginas de la decisión del Tribunal y en el informe pericial a que algunas se refieren, que dada la finalidad de la entrega de esos bienes en ejecución de la promoción de ventas "d x a", que la constituye en gasto de ventas, la compañía registró como descuento tributario, o activo o valor a su favor, el mismo monto antes llevado como a cargo o pasivo al momento del "retiro" o entrega de los bienes.
>
> "Anotó entonces dos descuentos tributarios, es cierto. Pero el uno, correspondiente al impuesto de venta pagado a los terceros que le suministraron los bienes dados en "d x a", como tiene derecho a hacerlo todo respon-

sable del gravamen en relación con el incurrido para gastos de venta o de fomento de ventas como lo es esta campaña. Y el otro, perfectamente distinto del anterior, referente y por el valor igual al de lo registrado a cargo al momento de la entrega de los bienes a los clientes, admisible también por el mismo motivo de referirse a gastos de ventas".

Es absolutamente improcedente pretender que cuando se entrega un bien a título no oneroso, el valor del impuesto causado por esta enajenación, llevado al crédito, puede descontarse por el mismo responsable como débito, por que tal procedimiento no solo no está autorizado en la Ley sino que con él se elude el gravamen sobre los bienes dados en donación, con detrimento de los derechos del fisco sobre dicho tributo.

En este sentido merece aprobación la decisión del a-quo que considera procedente el rechazo del impuesto pagado una sola vez, y que la actora descontó dos veces, hecho que aparece demostrado no solo por la misma admisión de la actora, sino por el experticio contable practicado en primera instancia, que concluye a página 5 (fl. 211 cdno. ppal.), que para el caso específico de compras de bienes distintos a libros para ser utilizados en la campaña "Difusión por Amistad" y premio a la fidelidad, la compañía debita dos veces la cuenta del impuesto sobre las ventas y acredita una sola vez el mismo valor.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso 5761 acumulado con los procesos 6110 y 6272 del 23 de julio de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

VIA GUBERNATIVA -Agotamiento/**RECURSO DE RECONSIDERACION** -Extemporaneidad

Al inadmitir el recurso de reconsideración por extemporáneo e interponer la contribuyente el recurso de reposición el cual fue resuelto negativamente, quedó agotada la vía gubernativa. Ahora si bien la existencia de unos límites temporales dentro de los cuales deben actuar las partes, tiene en los más de los casos fines eminentemente procesales, no es posible negar la incidencia que llega a tener en el ámbito del derecho sustancial. Cuando se inadmite un recurso por extemporáneo, los efectos de ese rechazo no quedan en el ámbito procesal, muy por el contrario, se dejan sentir en el ámbito sustancial, al impedir que se estudie y dado el caso se modifique, la decisión que se pretende impugnar. Se considera que la contribuyente sí agotó la vía gubernativa, como expresamente lo ha considerado el legislador.

VIA GUBERNATIVA -Finalidad

Ante el argumento de que si bien el *a-quo* estaba en la posibilidad de decidir en torno a la extemporaneidad del recurso de reconsideración en el evento de considerar que ésta no se había presentado, ha debido limitarse a ordenarle a la Administración que entrara a estudiar el fondo del asunto, y no entrar a decidirlo él mismo, no coincide con dicha apreciación, ya que la vía gubernativa tiene por finalidades principales permitir que la administración rectifique sus decisiones y permitir la solución de controversias sin necesidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa. En el *sub-lite*, la Administración no rectificó su decisión y si se le permitiera de nuevo rectificar su error, se estará reviviendo la vía gubernativa sin razón legal para ello.

NOTIFICACION POSTAL -Ineficacia

Si bien la dirección del inmueble era la correcta, en número de piso era equivocado, y tal como consta de los documentos allegados al proceso, la contribuyente había cambiado de dirección y ese cambio había sido puesto en conocimiento de la entidad apelante al presentarse la liquidación privada de renta correspondiente al año de 1984, es decir el 15 de julio de 1985. fecha muy anterior a aquella en que se intento notificar la liquidación oficial correspondiente al año de 1983, así las cosas y teniendo en cuenta que la legislación vigente para la época determinaba que la notificación por correo debía ser fecha a la dirección informada en la última declaración debe afirmarse que la práctica de la notificación en el sub-lite no se ajustó a derecho.

RESTITUCION DE TERMINOS/NOTIFICACIONES POR CONDUCTA CONCLUYENTE /NOTIFICACION POSTAL

Ante la afirmación de que así hubiera sido cierta la indebida notificación a la contribuyente le correspondía haber solicitado restitución de términos y no darse por notificada con base en la figura de la conducta concluyente en parte alguna de las normas respectivas imponen a quienes no hubieren sido citados en debida forma. La obligación de solicitar que se les notifique correctamente y se les restituyan los términos; por el contrario, se refieren aquellas situaciones en las que la administración se entere del error cometido y decida corregirlo. No siendo obligatorio para el contribuyente el mecanismo de solicitud de nueva notificación, no se ve ningún inconveniente para que se utilice el sistema de la notificación por conducta concluyente autorizada por el Artículo 48 del Decreto 01 de 1984.

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Finalidad/**IMPUESTO**-Determinación

Si el objetivo primordial de la acción de restablecimiento en materia de impuestos es que "se modifique una obligación fiscal" (como dispone la parte final del Artículo 85 del Código Contencioso Administrativo) esta materia queda satisfecha con la determinación de la asignación del impuesto a cargo del actor pero el aspecto del pago de éste de un saldo a su cargo o la devolución de un eventual sobrante son asuntos relacionados con el cumplimiento del fallo, que dan origen a una situación o actuación gubernativa que debe ceñirse a disponibilidad especiales de imputaciones internas, actuación que pueda ser discutida a nivel gubernativo y llegar inclusive a nivel jurisdiccional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C., diciembre once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

REF.: Expediente No. 4216. Actor: INMOBILIARIA INTERNACIONAL LTDA. Impuesto (Renta) FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de fecha 4 de marzo de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda incoada por la actora en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, contra los actos administrativos por medio de los cuales se determinó lo adeudado por Impuesto a la Renta, se le impusieron unas sanciones y se liquidó el valor del anticipo para el año de 1984.

ANTECEDENTES

El 15 de mayo de 1984, la contribuyente presentó su declaración de renta correspondiente al año de 1983, adicionándola el 11 de julio del mismo año. El 9 de abril de 1986, determinó el Impuesto a la Renta adeudado por la contribuyente por el período fiscal precitado, le impuso una sanción y aumentó el anticipo para 1984.

La corrección aritmética a la que hizo referencia fue enviada a la Calle 31 No. 6-41 piso 18, pero la dirección registrada era la Calle 31 No. 6-41 piso 4.

El 15 de diciembre de 1988 la contribuyente interpuso recurso de reconsideración contra la corrección aritmética practicada por la administración, recurso que le fue rechazado por extemporáneo mediante el Auto No. A-001-P del 12 de enero de 1989. Contra este auto recurrió la contribuyente en reposición, y ésta le fue resulta en forma negativa por medio del auto no. A-000005-P del 23 de febrero de 1989, con lo cual quedó agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

En desacuerdo, la contribuyente, por medio de apoderado, incoó demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Como normas violadas citó los siguientes Artículos: 330 del C. de P. C., 62, 720 y 777 del Estatuto Tributario; 19 del Decreto-Ley 1651 de 1961; 42 ordinal 2º, 57 y 58 de la Ley 52 de 1977; 24, 25, 39 y 46 del Decreto Legislativo 3803 de 1982; 76, 94 y 98 de la Ley 9 de 1983 y Artículo 154 del Decreto-Ley 2503 de 1987. Señaló que se había efectuado indebidamente la notificación de la corrección aritmética; afirmó que el error cometido no fue aritmético sino de transcripción, y que por lo tanto, para el trámite de la revisión han debido seguirse los trámites ordinarios y no los especiales consagrados para los eventos en que se trate de un error aritmético. Indicó igualmente que la sanción que se le impuso no era procedente y que el aumento en el monto del anticipo no podía incluirse dentro de una liquidación de corrección aritmética.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demandante en sentencia del 4 de marzo de 1992. Declaró que los autos No. A-001-P y A-

00005-P de enero y del 23 de febrero de 1989 eran ilegales. Para ello sostuvo que la notificación de la corrección aritmética solamente quedó perfeccionada por conducta concluyente del 15 de diciembre de 1988, con la presentación del recurso de reconsideración por parte de la actora, y que por lo tanto, dicho recurso no podía ser rechazado por extemporáneo. Así mismo señaló que el error en que incurrió la contribuyente en su liquidación privada del Impuesto a la Renta, no fue un error aritmético sino de transcripción, y que por lo tanto la administración erró al seguir el procedimiento especial consagrado para las correcciones aritméticas.

LA APELACION

La administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, por intermedio de apoderado, interpone recurso de apelación contra la sentencia atrás resumida. Para ello, expone los siguientes argumentos:

1. La demanda adolece de ineptitud sustantiva, por cuanto el actor no agotó la vía gubernativa.

2. La sentencia ha debido ordenar que la Administración entrara a considerar el fondo del recurso de reconsideración que fue rechazado por extemporáneo, y entrar a decidirlo.

3. El error en que incurrió la contribuyente fue un error aritmético y no un error de transcripción.

4. Así hubiera sido cierta la indebida notificación, la contribuyente ha debido pedir la restitución de términos, y no darse por notificada con base en la figura de la conducta concluyente.

5. Es un hecho notorio que en los edificios la correspondencia no se entrega puerta a puerta, y por lo tanto es factible afirmar que la notificación sí se hizo en tiempo.

6. El *a-quo* no ha debido reconocer pagos en la parte resolutiva, ya que ésto no fue solicitado por la actora.

OPOSICION A LA APELACION

La contribuyente solicita que se confirme la sentencia apelada. Reitera que la corrección aritmética fue indebidamente notificada; afirma que en el *sub-lite* no puede la jurisdicción contenciosa limitarse a ordenar que se agote la vía gubernativa y señala que el error que se presentó en la liquidación privada del Impuesto a la Renta no fue aritmético sino de transcripción.

CONCEPTO FISCAL

El Representante del Ministerio Público considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada. Considera que si hubo una mala notificación de la corrección aritmética y que por lo tanto sí fue oportuna la interposición del recurso de reconsideración que fué rechazado por extemporáneo. Afirma que el error en que incurrió la contribuyente fue de transcripción y no aritmético. Finalmente, con relación al reconocimiento de pagos, afirma que al hacerlo no se excedió el *a-quo* en sus facultades.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PRIMERA. Sostiene la apelante, reiterando lo expuesto por ella en la contestación de la demanda, que el fallo del *a-quo* ha debido ser inhibitorio por no haberse agotado la vía gubernativa. Hace consistir esta excepción de ineptitud sustantiva de la demanda en que el recurso de reconsideración interpuesto por la contribuyente ante la administración no fue resulto en su fondo, sino que fue rechazado por extemporáneo.

Tal y como se establece del material probatorio allegado al proceso, la entidad demandada, mediante el auto No. A-00001-P del 12 de enero de 1989, se inadmitió el recurso de reconsideración interpuesto por la sociedad INMOBILIARIA INTERNACIONAL LTDA. contra el acto administrativo No. 400047 del 9 de abril de 1986, por extemporáneo. Contra el auto precitado interpuso la contribuyente recurso de reposición que le fue resuelto negativamente por medio del auto A-00005-P del 23 de febrero de 1989, con el que quedó agotada la vía gubernativa, tal como la misma providencia así lo señala con apoyo en lo dispuesto por el inciso final del Artículo 726 del E.T.

Si bien la existencia de unos límites temporales dentro de los cuales deben actuar las partes, tiene en los más de los casos fines eminentemente procesales, no es posible negar la incidencia que llega a tener en el ámbito del derecho sustancia. Cuando se inadmite un recurso extemporáneo, tal y como sucedió en el *sub-lite*, los efectos de ese rechazo no se quedan en el ámbito procesal; muy por el contrario, se dejan sentir en el ámbito sustancial, al impedir que se estudie, y dado el caso se notifique, la decisión que se pretende impugnar. Considera la Sala, como consecuencia de lo expuesto, que la contribuyente sí agotó la vía gubernativa, como expresamente lo ha considerado nuestro legislador.

SEGUNDA. Ahora bien, sostiene la apelante en argumento que necesariamente va aparejado al anterior, que si bien el *a-quo* estaba en la posibilidad de decidir en torno a la extemporaneidad del recurso de reconsideración, en el evento de considerar que ésta no se había presentado, ha debido limitarse a ordenarle a la Administración que entrara a estudiar el fondo del asunto planteado, y no entrar a decidirlo él mismo. Considera que mediante esta actitud se le negó a la entidad demandada la oportunidad de pronunciarse en torno al fundamento del recurso, desconociéndose la función de la vía gubernativa.

No coincide la Sala con la apreciación de la entidad apelante. La vía gubernativa tiene por finalidades principales permitir que la administración rectifique sus decisiones -si fuere del caso-, y permitir la solución de controversias sin necesidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa. En el *sub-lite*, la Administración tuvo la oportunidad de rectificar su decisión, pero no lo hizo, y si se le permitiera de nuevo rectificar su error, se estaría reviviendo la vía gubernativa sin razón legal para ello. Ese no es el sistema legal colombiano, para el cual, una vez agotada la vía gubernativa, en la sentencia según voces del Artículo 170 del C.C.A "para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo, podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas".

TERCERO. Resuelto lo anterior, debe entrar la Sala a estudiar si, en efecto, el recurso interpuesto por la contribuyente fué extemporáneo, para lo cual es menester analizar aspectos relacionados con la manera como le fue notiviada la Liquidación de Revisión No. 400047.

Es absolutamente evidente que si se pretende realizar una notiviación por correo, la misma debe ser enviada a la dirección correcta. En el caso *sub-lite*, si bien la dirección del inmueble era la correcta, el número del piso era equivocado. Tal y como consta en los documentos allegados al proceso, la contribuyente había cambiado de dirección, y este cambio había sido puesto en conocimiento de la entidad apelante al presentarse la liquidación privada de renta correspondiente al año de 1984, es decir, el 15 de julio de 1985, fecha muy anterior a aquella en que se intentó notificar la liquidación oficial correspondiente al año de 1983. Así las cosas, y teniendo en cuenta que la legislación vigente para la época determinaba que la notificación por correo debía ser hecha a la dirección informada en la última declaración, debe afirmarse que la práctica de la notificación en el sub-lite no se ajustó a derecho.

Desde luego, tal y como afirma la apelante, por lo general la correspondencia en los edificios no se reparte puerta a puerta; pero esto no indica, bajo ningún punto de vista, que la misiva haya sido efectivamente recibida por la contribuyente, y la Sala no puede entrar a hacer ese tipo de suposiciones. Así las cosas, resulta solamente probado que la notificación se realizó por conducta concluyente, y que la fecha de ella corresponde a aquella en que la sociedad interpuso el recurso de reconsideración, esto es, el 15 de diciembre de 1988.

Ahora bien, afirma la entidad recurrente que así hubiera sido cierta la indebida notificación, a la sociedad contribuyente le correspondía haber solicitado restitución de términos y no darse por notificada con base en la figura de la conducta concluyente. Como sustento jurídico de su afirmación cita el Artículo 50 de la Ley 52 de 1977 y el Artículo 99 de la Ley 9 de 1983.

En parte alguna las normas precitadas imponen a quienes no hubieren sido citados en debida forma, la obligación de solicitar que se les notifique correctamente y se les restituyen los términos. Por el contrario, se refieren a aquellas situaciones en las que la Administración se entere del error cometido y decida corregirlo, cosa que no

sucedió en el sub-lite. No siendo obligatorio para el contribuyente el mecanismo de solicitud de nueva notificación, la Sala no ve ningún inconveniente para que se utilice el sistema de la notificación por conducta concluyente autorizada por el Artículo 48 del Decreto 01 de 1984.

CUARTA. A más de los puntos arriba analizados, la apelante sostiene que el error en que incurrió la contribuyente no fue un error de transcripción sino un error aritmético, y que por lo tanto, el procedimiento seguido por la Administración para corregirlo fue el acertado. El Decreto 3803 de 1982, Artículo 24, señala los eventos en que se presenta el error aritmético:

- Cuando el contribuyente, a pesar de haber declarado correctamente los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, anota como valor resultante un dato equivocado.

- Cuando al aplicar las tarifas respectivas, anota un valor diferentes al que ha debido resultar.

- Cuando no obstante haber indicado correctamente las cifras relativas a descuentos, retenciones o anticipos, anota como saldo a cargo o a favor, un valor equivocado del impuesto resultante.

No considera la Sala que el error detectado en la liquidación privada hecha por la sociedad contribuyente puede encuadrarse dentro de algunas de la figuras arriba enlistadas, habida cuenta de las razones que se proceden a analizar.

La liquidación oficial practicada por la entidad apelante tuvo como base la existencia de inconsistencias en las sumas contenidas en los renglones 194 y 195 de la liquidación de adición, inconsistencias éstas que determinaron que se considerara que el costo total de los activos movibles era de $46.391.049 y no de $66.391.049. Sin embargo, esta conclusión a la que llegó la Administración no se ajusta a la realidad.

Para determinar el costo de los activos movibles mediante el sistema de juego de inventarios, se le suma al inventario físico inicial el costo de las mercancías compradas durante el año gravable, y a este valor se le resta el resultado del inventario físico final. El inventario inicial corresponde al inventario final del año inmediatamente anterior, en este caso el correspondiente a 1982, que se encontraba en poder de la Administración y que era igual a la suma señalada en el renglón 194, columna 9a. (ver folio 34 del cuaderno principal y folio 26 del segundo cuaderno).

En otras palabras: ciertamente se evidencia un error en renglón 194 de la declaración de adición, en la medida en que en la columna 9 aparece registrado un valor de $598.366.001, mientras que en la 10, y que debía tener igual valor, se registran $588.366.001. Pero el verdadero valor, el que ha debido tenerse en cuenta no es el segundo, que es el tomado como cierto por la Administración para hacer la correc-

ción aritmética, sino el primero, que es el que corresponde al monto del inventario final del año inmediatamente anterior.

Con relación al renglón No. 195, correspondiente a la compra de productos terminados y mercancías, establece la Administración que equivale a $87.924.15. Para ello toma como fundamento, de conformidad con lo expuesto en el memorando explicativo, la cifra señalada por la contribuyente en la columna 10 del renglón precitado.

Al respecto del punto que se discute, debe señalar al Sala, que la cifra indicada en la columna 10 no es $87.924.015 como afirma la entidad apelante, sino $97.924.015

Es inconcebible a los ojos de la Sala, que la entidad apelante haya confundido el monto de una cifra tan clara con otra, como ocurrió en el *sub-lite*.

Por lo demás, así existieran razones válidas, que no las hay, para confundir la suma anotada con otra, existían los documentos necesarios para resolver la duda, tal y como el anexo explicativo de compras cuya copia obra a folio 37 del cuaderno principal. No es cierto, por consiguiente, que exista en el caso *sub-examine*, un error aritmético en la declaración de renta, tanto o más si se tiene en cuenta que el costo total de los activos movibles consignado en el renglón 205, es correcto.

Queda establecido de esta manera, que el error en que incurrió la contribuyente no fué error aritmético sino un error de transcripción, razón por la cual fué equivocado seguir el procedimiento administrativo especial para la corrección de errores aritméticos y no el procedimiento ordinario.

QUINTA. Finalmente considera la apelante que el *a-quo* no ha debido reconocer en la parte resolutiva un valor de $42.015 a devolver, puesto que la actora no se lo había solicitado.

El representante del Ministerio Público, señala que en aquellas ocasiones en las que la jurisdicción contencioso administrativa realiza liquidaciones de impuestos para reemplazar las liquidaciones oficiales, se pueden tener en cuenta pagos hechos por la contribuyente para llegar al monto final de lo por ella adeudado.

La Sala está de acuerdo con el apelante, porque revisadas las pretensiones de la demanda se observa que se limitan a dos principales: la declaratoria de nulidad de los actos liquidatorios y como consecuencia, cinco declaraciones, todas relacionadas con el procedimiento y el monto de los impuestos, pero ninguna referida a los pagos y a una posible devolución de un sobrante.

En varias oportunidades ha dicho la Sala que si el objetivo primordial de la acción de restablecimiento en materia de impuestos es que "se modifique una obligación fiscal" (como dispone la parte final del Artículo 85 del C.C.A.) esta materia

queda satisfecha con la determinación de la asignación del impuesto a cargo del actor, pero el aspecto del pago de éste, de un saldo a su cargo o la devolución de un eventual sobrante son asuntos relacionados con el cumplimiento del fallo, que dan origen a una actuación gubernativa que debe ceñirse a disposiciones especiales de imputaciones internas (que menciona el apelante, verificación de recibos y demás comprobantes de pago, determinación de intereses, etc.), actuación que puede ser discutida a nivel gubernativo y llegar inclusive a nivel jurisdiccional.

Por tales consideraciones y además por la elemental de no haberlo pedido el demandante, debe revocarse la orden de devolución dada por *a-quo*.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

- REVOCASE el ordinal 3 de la sentencia apelada que reconoce unos pagos y ordena una devolución.

- CONFIRMASE todo lo demás de la misma sentencia del 4 de marzo de 1992, dictada en el proceso No. 7.157, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

CONTROL DE PRECIOS/PRODUCTOR NACIONAL/RENTA PREVENTIVA.

No se han probado ni de hecho existen, regulaciones legales o administrativas de control de precios sobre las partes automotores y el precio de comercialización de vehículos automotores ensamblados en el país, apenas si se halla sujeto a un régimen de "libertad vigilada" por el Ministerio de Desarrollo. Lo cual significa que los productores nacionales de autopartes no se subordinan directamente a control alguno de precios, pero si lo estuvieran "indirectamente" como proveedores exclusivos de la ensambladora, participarían proporcionalmente del reajuste autorizado a éstos, sin lugar a restringir su productividad por razones distintas de las fuerzas imperantes del mercado que no es factor que prevea expresamente la Ley para una reducción de la base de renta presunta.

DEVALUACION MONETARIA/FUERZA MAYOR - Inexistencia

La devaluación monetaria por tratarse de un fenómeno cíclico recurrente de la economía colombiana desde hace años nada tiene de emergente o repentino y por tanto ni bien se puede entender como hecho"irresistible" en cuanto proviene de ciertos ajustes de la política económica trazada por el gobierno, no puede tenérselo por "imprevisible" ni de suyo, como hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito en términos del Artículo 1o. de la Ley 95 de 1980. De hecho la devaluación aún la no contemplada como elemento estratégico, podría tener efecto favorable en la situación de balanza comercial, si la relativa flexibilidad de la economía del país devaluante hace posible el aumento de la oferta de bienes para la exportación, con sucedáneos para las importaciones, situación que cabría preveer a nivel de la empresa privada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C. Diciembre once de mil novecientos noventa y dos.

Ref: Radicación 4347 Apelación sentencia de julio 3 de 1992, del Tribunal de Cundinamarca, en juicio y de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto a la renta por el año gravable de 1984. Actor: Metalmecánica Colombiana LTDA. METACOL LTDA. FALLO.

Magistrada Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la sala el recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpone METALMECANICA COLOMBIANA LTDA., "METACOL", la actora, contra la sentencia del 3 de julio de 1992, desestimatoria de las suplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el tribunal administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento fiscal promovido respecto de la liquidación de revisión #00074 de 14 de octubre de 1988, expedidas por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá, por las que se determinó el impuesto de renta del período impositivo de 1984 y se decidió el recurso existente.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento, la liquidación acusada determinó la renta liquida por presunción, con base en ingresos netos del ejercicio, habiéndose desestimado la reducción de estos, planteada por la sociedad requerida con apoyo en circunstancias económicas y de control de precios que habrían afectado los resultados financieros, considerándose que tales circunstancias no habrían demostrado y que, en materia de control de precios, lo sujeto al régimen de libertad vigilada eran los precios de los vehículos automotores ensamblados en el país y no las ventas de autopartes. Se previno, igualmente, para el caso que se desvirtuara la renta presuntiva, sobre el eventual rechazo de costos y deducciones por $443.000, no aprobados. El efecto fue confirmado íntegramente en la vía gubernativa, por razones similares, que enfatizaron en practicar, sobre el contenido y vigencia de la resolución #086 de 1984, de la Junta Monetaria, en materia de plazo para el pago de créditos en el exterior, aducida como acto de autoridad incidente en una rentabilidad menor.

LA DEMANDA

Señala como violados los Artículos 15 de la Ley 9a de 1983 de la Ley 95 de 1980.

Explica, que la devaluación del peso colombiano opera en el contexto de una política económica prefijada por el Gobierno, y que, por virtud de esta realidad, se allegaron al proceso gubernativo la providencias de la Junta Monetaria, "no tanto para demostrar la imposibilidad en que se encontraban los contribuyentes, por razón de esta política, para pagar sus obligaciones en el exterior, si no para demostrar como es la competencia del Gobierno dirigir e interpretar, como dirían los economistas, la

política monetaria del país",donde lo que importaría al proceso seria la incidencia de la devolución monetaria en la determinación de los costos y gastos de la empresa y en el resultado o renta gravable, y no tanto las restricciones fijadas para el pago de obligaciones en el exterior.

Dice "público notorio" el hecho de que, desde la expedición del Estatuto de Capitales, los gobiernos hubieran devaluado el peso "por el sistema de gota a gota", unos limitando la caída de esta, otros comentándola notoriamente y otros acelerándola, generalmente con el fin de mantener el peso acorde con la inflación interna, encarecer el producto externo para hacerlo competitivo con el nacional, e incentivar las exportaciones.

Así, la devaluación del peso sería un acto de autoridad irresistible para el productor o el comerciante, contra el que solo se podría acudir al incremento de los precios de venta, para superar el costo generado por la depreciación del peso, pero dentro de ciertos limites que deben consultar la capacidad adquisitiva del consumidor, que se incrementa a la taza de inflación interna, en porcentaje semejante al de la devaluación del peso, concluyéndose que la diferencia de cambio por la importación de productos y materias primas, en monedas duras, incide en la renta gravable del importador o comerciante y en los precios al consumidor, como gravamen indirecto, especialmente de los vehículos automotores, de adquisición asequible solo a determinadas capas sociales, que genera una reducción de ventas de tales bienes y, consecuencialmente, de los resultados financieros y renta líquida de dicho importador o comerciante, frente a los que debió producir según su capacidad instalada o patrimonio liquido.

Conforme al Artículo 1o de la Ley 95 de 1890, la política de devolución constituiría, pues, un acto de autoridad al que no sería posible resistir, por la obediencia que se impondría a los administradores y la necesidad en que se hallarían éstos de atender gastos pagaderos en el exterior, en divisas extranjeras, cuya diferencia de cambio daría lugar a una renta liquida inferior a la presuntiva, caso específico de METACOL, LTDA. cuya renta gravable, por 1984, escondió a $5.388.489, porque dedujo como gasto una diferencia de cambio de $147.569.888, renta que, de no haberse devaluado el peso en el período, hubiera sido de $152.958.377.

Deducida la diferencia de cambio dicha, de un acto de autoridad irresistible, se daría el evento de la fuerza mayor que, de conformidad con el Artículo 15, inciso 4, de la Ley 9a de 1983, desvirtuara la renta presuntiva y justificaría la renta gravable declarada por la sociedad por 1984.

Niega, según lo probado, que METACOL, LTDA., vendiera sus productos a ensambladoras del país diferentes a SOFASA, de modo que por encontrarse sujeta la producción de este régimen de control de precios, solo admitió al reajuste de los productos de aquella, en la medida de los reajustes autorizados por el gobierno para los vehículos automotores ensamblados en el país, reafirmándose el acierto de que, a mas del control de precios sufrido indirectamente por METACOL, LTDA., la diferencia de cambio habría generado una rentabilidad para esta, por debajo de la presu-

mida, eventos de fuerza mayor que los funcionarios impositivos no podrían ignorar, "con el simplismo de que lo que la Ley controla es el precio de los vehículos automotores y no el precio de sus partes, como si en Colombia o en cualquier país de la tierra se pudiera fabricar un vehículo automotor sin las partes que lo estructuran....".

LA SENTENCIA APELADA

Sostiene, en síntesis, que los conceptos de violación expuestos en la demanda, no desvirtúan los motivos aducidos en los actos impugnados, ni aportan otros elementos de juicio que mejoren la prueba aportada en la vía gubernativa, subsistiendo los planteamientos esenciales que motivaron tales actos, toda vez que:

> "a) La diferencia en cambio y, por ende, su fuerza mayor pretende establecerla el accionante del contenido de la resolución 086 de la Junta Monetaria, la cual tiene una vigencia a partir de Noviembre de 1984, lo cual carece de eficacia frente a créditos obtenidos en 1983 bajo la vigencia de otras disposiciones con diferentes sistemas de pago".
>
> b) El control de precios que aduce el contribuyente, no recae sobre su actividad económica, si no sobre las ensambladoras de automóviles y por ende no puede serle aceptado como motivo de fuerza mayor que desvirtúa la renta presuntiva....".

Sobre lo dispuesto en el Artículo 15, inciso 4, de la Ley 9a, de 1983 invocado, anota que es, precisamente, la falta de demostración de hechos de fuerza mayor o caso fortuito, como lo descartara en la instancia el Ministerio Publico, lo que hace concluir que los actos administrativos demandados conservan la presunción de legalidad de que están investidos.

EL RECURSO DE APELACION

Rechaza que la devaluación del peso colombiano, según el criterio del a-quo, sea un hecho que deba demostrarse, por resultar ésto contrario a lo dispuesto por el Artículo 167 del Código de Procedimiento Civil ("los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, no requieren prueba").

"Amplia" lo expresado en la demanda, en el sentido de dicha divulgación constituiría hecho de fuerza mayor, restrictivo de la capacidad adquisitiva del consumidor y consecuencialmente de los ingresos del productor en le mercado nacional y de su renta liquida inferior a la presumida. En el punto, la doctrina y la jurisprudencia habrían establecido diferencias entre la fuerza mayor y el caso fortuito, como la precisada en la sentencia de la Corte, de 27 de febrero de 1974, de ser aquella, además, hecho "fatal, irresistible e incontrolable, hasta el punto de lo que (sic) obligado no puede evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias", tesis que consultara el derecho moderno y los avances científicos que permitirán presidir "la ocurrencia de terremotos, huracanes, inundaciones, erosiones (sic) volcánicas, etc.", predicciones

que, sin embargo, no quitaran a tales fenómenos el carácter de hechos de fuerza mayor, por no ser superables aún; la jurisprudencia citada, reafirmaría lo dicho por la misma corporación en su sentencia de 7 de marzo de 1939, sobre " las diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito", donde la primera designaría "el obstáculo a la ejecución de una obligación, como el resultado de la fuerza extraña", y el segundo, "el obstáculo interno es decir, el que proviene de las condiciones mismas de la conducta del deudor, del accidente material, de la falta de un empleado, etc.", por lo que en este habría "imposibilidad relativa de la ejecución" y en aquella, "imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo insuperable".

La devaluación alegada, originada por una fuerza extraña al contribuyente, que escaparía a su control, tendría el carácter de fatal, irresistible, insuperable e incontrolable para el mismo, por provenir de acto de autoridad que provoca recesión económica, según la experiencia de años anteriores y como lo habría reconocido el Ministerio de Desarrollo, el año pasado, cuando dijo que la devaluación incrementaba los costos de producción y el precio de los productos y que la misma produciría fatalmente recesión, al disminuir la capacidad de compra del consumidor.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Dice la demanda que el supuesto de la devaluación de la moneda, con incidencia en los costos y la rentabilidad, no enmarcada en la notación que da la fuerza mayor se da en "la Ley 95 de 1980 (sic)", si, como lo habría definido la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 31 de agosto de 1992, los elementos de aquella no son concurrentes, cuando el hecho es "impredecible"pero "resistible", o inversamente, principios recogidos desde la sentencia de casación de 20 de noviembre de 1973, cuando se expreso que la fuerza mayor, equiparable al caso fortuito, tenía lugar cuando el suceso era, simultáneamente, "impredecible", e "irresistible", esto es, que por su naturaleza no existiera, razonablemente, fundamento para esperar que el mismo ocurriera, para rebasar su acecimiento toda previsión humana, que genera la imposibilidad del cumplimiento de la obligación, no la simple dificultad de ello, por grande que fuera la dificultad.

El hecho esgrimido seria perfectamente previsible, "mas aun cuando en nuestro país vivimos una constante economía inflacionaria, circunstancia que es ampliamente reconocida por todos los asociados, no siendo irresistible, ni súbita, y mucho menos imprevisible...".

Concluye, que las pretensiones de la demandante son invalidas, por no ser la devaluación alegada constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito, y por no haberse demostrado fehacientemente la concurrencia de tales hechos, como incidentes en la determinación de una renta liquida inferior.

La demandante, a su turno, manifiesta adicionar su recurso, mediante la inclusión del reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia expuesto en diversos fallos,

respecto de la configuración, de la fuerza mayor y el caso fortuito y las diferencias entre estos conceptos, lo que en efecto hace.

Por ultimo, el Señor Tercero Delegado ante esta corporación, se pronuncia por la configuración del fallo recurrido, fundamentalmente, en consideración a que, conforme al Artículo 1 de la Ley 95 de 1890, para que un determinado hecho se pueda entender como consecutivo de fuerza mayor, se requerirá no solamente que el mismo fuera "irresistible", si no además "impredecible", caracteres que no se predicarían de la devaluación y sus consecuencias, como la diferencia de cambio, por ser fenómenos económicos o monetarios "absolutamente predecibles, sobre todo en medios como el nuestro".

Y si bien los incisos 4 y 5, numeral 2, del Artículo 15 de la Ley 9a de 1983, señalan que la renta presuntiva se reduce también proporcionalmente, "cuando la actividad económica del contribuyente se encuentra afectada por disposiciones legales o administrativas relativas a control de precios", lo cierto es que la demandante omitió indicar cuales eran las disposiciones en relación con sus actividades, limitándose a afirmar que el control había sido ejercido por SOFASA, hecho, que aun, de ser cierto, no desvirtuaría la renta presuntiva, por no ser la sociedad citada "un organismo administrativo encargado en expedir actos administrativos de alcance general en materia de control de precios.....".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el asunto objeto de la discusión, no se han probado, ni de hecho existente, regulaciones legales, o administrativas de control de precios sobre las partes automotores y el precio de comercialización de vehículos automotores ensamblados en el país, a penas si se halla aun sujeto a un régimen de "libertad vigilada", como bien lo resalta la administración conforme a los presupuestos de la resolución #647 de 7 de septiembre de 1983, del ministerio de desarrollo Económico, que obra en primer cuaderno de antecedentes, que no le impide reajuste periódico del mismo, si, entre otros documentos, la empresa ensambladora acompaña a su solicitud, un "estudio de costos unitarios", "copia de los manifiestos de aduana y registros de importación(....) para todas las partes importadas" y "relación de precios y cantidades de las partes y piezas de producción nacional para cada uno de los vehículos, con indicación de los proveedores principales y su dirección", lo cual significa que los productores nacionales de autopartes no se subordinan directamente a control alguno de precios, pero que si lo estuvieran "indirectamente", como proveedores exclusivos de la ensambladora, participarían proporcionalmente del reajuste autorizado de estos, sin lugar a restringir su productividad por razones distintas de fuerza mayor imperantes del mercado, que no es factor que prevea expresamente la Ley para una reducción de la base de renta presunta (subrayas fuera del texto de la resolución citada).

Por lo que hace a la devaluación monetaria, tratándose de un fenómeno cíclico recurrente de la economía colombiana desde hace muchos años, como acertadamente lo advierten la señora apoderada de la parte demandada y la procuraduría delegada, nada tiene de emergente o repentino y, por tanto, si bien se puede entender como

hecho "irresistible", en cuanto proviene de cierto ajustes de política económica trazada por el gobierno, no puede tenérselo por "impredecible", ni, de suyo, como hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, en términos de Artículo 1 de la Ley 95 de 1890.

De hecho, la devaluación, aún no la contemplada como elemento estratégico, podría tener efecto favorable en la situación de balanza comercial, si la relativa flexibilidad de la economía del país devaluante hace posible el aumento de la oferta de bienes para la exportación, con sucedáneos para las importaciones, situación que cabría prever, así mismo, a nivel de la empresa privada que, como se anotó antes, debe disponer de suficientes alternativas de producción y comercialización y de control efectivo de su endeudamiento, principalmente externo, como medio de precaverse contra el permanente envilecimiento de la moneda.

No está llamado a prosperar el recurso de la demandante.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Confírmase la sentencia apelada.

La Doctora María Cristina Ramírez Londoño tiene personería para obrar en nombre de la parte demandada.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Los Consejeros:

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SANCION POR NO DECLARAR/NORMA SUSTANTIVA/ESTATUTO TRIBUTARIO/LEY EN EL TIEMPO

El Artículo 56 del Decreto 2503 de 1987 tipifica una conducta (el no declarar) y establece la respectiva sanción ostentando de esta manera el carácter de "norma de derecho sustantivo"; del encabezamiento del Decreto 2503 de 1987 no surge el carácter adjetivo o procedimental de la norma en comento ni tampoco de su ubicación dentro del Libro Quinto del Estatuto Tributario porque tal estatuto realiza una recopilación armónica e integral de normas sin que la ubicación de una norma en uno u otro Libro, Titulo o Capitulo determine su carácter sustancial o adjetivo. De conformidad con lo anterior, el Artículo 56 del Decreto 2502 de 1987 no se podía aplicar de manera inmediata es decir no se podía imponer válidamente la sanción porque el Decreto 2503 de 1987 entró en vigencia el 29 de diciembre de 1987 y la conducta sancionable se configuró en 1984.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C. Diciembre once de mil novecientos noventa y dos.

Ref.: Radicación 4355. Apelación sentencia de 13 de julio de 1992 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Actor: Román de Jesús Gómez García. FALLO

Magistrada Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Director de Impuestos Nacionales, por conducto de apoderado contra la sentencia de 13 de julio de 1992, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron la sanción impuesta al actor por el incumplimiento en presentar la declaración de renta por el año gravable de 1984.

ANTECEDENTES

El 27 de octubre de 1988 la División de Fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá emplazó al actor para que en el término de un (1) mes, contado a partir de la notificación del emplazamiento, presentará la declaración de renta y complementarios por el año gravable de 1984.

A través de la resolución No. 260001 de 4 de enero de 1989 la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, impuso al actor una sanción por el incumplimiento en la presentación de la declaración de renta por la vigencia fiscal de 1984, en la suma de $60.077.177.

Contra la anterior resolución el actor interpuso, el 2 de marzo de 1989, recurso de reconsideración, el cual fue decidido por la Administración mediante la resolución No. 05006 de 11 de enero de 1990 que confirmó la resolución No. 260001 de 4 de enero de 1989, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Las normas violadas y el concepto de la violación se sintetizan así:

- Artículos 26 y 28 de la anterior Constitución Política, porque se sancionó al actor con penas establecidas en 1987 por presuntas faltas u omisiones ocurridas en 1985, pretendiendo que Leyes posteriores afecten situaciones anteriores. Se desconocieron los principios de favorabilidad e irretroactividad de la Ley porque se aplicó al contribuyente una sanción que no existía para la fecha en que debía aclarar, cuando el procedimiento aplicable era el de la liquidación de aforo.

- Artículo 55 inciso primero del decreto 2053 de 1974 y Artículo 55 inciso primero del decreto 2503 de 1987, porque para aplicar la sanción por incumplimiento en la presentación de declaración de renta, la Administración debía demostrar que el contribuyente estaba obligado a declarar, esto es, la carga de la prueba recaía sobre la Administración y no sobre el contribuyente.

- Artículo 4 del decreto 643 de 1988, en relación con la imposibilidad legal de aplicar el sistema indirecto de depósitos bancarios para la determinación de la renta. La Administración violó la norma anterior al utilizar el movimiento de la cuenta corriente como medio de prueba para crearle la obligación de declarar al contribuyente.

- Artículo 1 del decreto 3139 de 1984, por falta de aplicación. El contribuyente no presentó declaración de renta porque su patrimonio no llegó a $620.000 ya que el saldo a 31 de diciembre de 1984 fue de cero pesos ($0.00) y no tuvo ingresos superiores a $230.000 porque las operaciones realizadas en cuenta corriente auditada no eran susceptibles de producir incremento neto en el patrimonio.

LA OPOSICION

Dentro del término de fijación en lista el apoderado de la entidad demandada manifestó que "dentro de la oportunidad procesal del traslado para alegar de conclusión, expondré los motivos de impugnación a las peticiones de la demanda..."folio 44).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda, argumentando que:

Con respecto al principio de favorabilidad (Artículo 26 de la Constitución anterior) en la aplicación de las sanciones de carácter tributario, la jurisprudencia y la doctrina han concluido que el referido principio no opera en los recursos de tipo administrativo por tener una naturaleza diferente a la penal.

Teniendo en cuenta que el Artículo 56 del decreto 2503 de 1987 no es una norma procedimental, sino de carácter sustantivo porque establece una prerrogativa en favor de la Administración permitiéndole penalizar la conducta omisiva del contribuyente que no declaró, no se pueden aceptar las argumentaciones del acto acusado sobre la aplicación inmediata de tal norma.

Finalmente indica que es equivocado tomar como base de la sanción por no declarar las consignaciones en la cuenta de ahorro del actor, porque la norma se refiere es a las consignaciones bancarias.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la entidad demandada interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y lo sustentó así:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció el principio de la congruencia de la sentencia consagrado en el Artículo 305 del Código de Procedimiento Civil de acuerdo con el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda, porque:

- La sentencia del Tribunal anuló el emplazamiento No. 000008 y el producido por la administración fue el No. 000009 de 27 de octubre de 1988.

- La resolución anulada por el Tribunal fue la No. 260001 de 4 de enero de 1989, pero la que impuso la sanción y se solicita su nulidad es la No. 260002.

- La vigencia fiscal sobre la cual trata la demanda es 1985 y el fallo del Tribunal se refiere al período gravable de 1984.

- Cuantía en la vía gubernativa y dentro del proceso es de $52.618.456 y en la sentencia apelada aparece como cuantía la suma de $60.077.177.00.

- La resolución de la División de Recursos Tributarios que agotó la vía gubernativa fue la No. 05007 de 11 de enero de 1990 y la declarada nula fue la No. 05006.

Manifiesta que "ninguno de los actos administrativos sobre lo que versa el fallo, fue sometido a estudio ni sobre ellos se solicitó nulidad en el escrito y en el petitum demandatorio".

En lo referente al fondo, indica que no comparte lo expuesto por que a-quo al otorgarle carácter sustantivo y no procedimental a las normas del decreto 2503 de 1987 a través de los cuales se impuso una sanción por no declarar, porque de acuerdo con el encabezamiento del mencionado decreto y su ubicación dentro del libro quinto del Estatuto Tributario que se intitula Procedimiento Tributario..., es claro que tienen carácter procedimental.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado del actor se opone a la prosperidad del recurso de apelación con base en los siguientes argumentos:

La no aplicación del principio de la congruencia no se encuentra en la sentencia apelada sino en los razonamientos que en la sustentación del recurso de apelación expuso el apoderado de la Administración y que se deducen de la lectura del expediente.

Al actor se le aplicó "Sanción por no declarar" a través de actuaciones administrativas independientes, por años gravables diferentes (1984 y 1985), se presentaron las correspondientes demandas ante la jurisdicción contencioso administrativo y se profirieron dos sentencias favorables al actor.

La similitud de las actuaciones surgió porque en ambos casos se le aplicó al mismo sujeto la sanción por no declarar de manera retroactiva e ilegal, y "en la misma fecha y con numeración consecutiva - pero no igual - se han expedido a mi representado los correspondientes actos oficiales y se han presentado el mismo día pero radicados bajos números consecutivos, los recursos de reconsideración. También el mismo día - con numeración consecutiva pero no igual - se han expedido las resoluciones que fallan los recursos de reconsideración". (folios 111 y 112). Lo anterior para concluir que se trata de actuaciones independientes, que ni legal ni procedimentalmente se pueden confundir ni acumular.

Finalmente, hace énfasis en lo planteado en la demanda y que fue notificado por el Tribunal, en relación con el carácter sustantivo de la norma consagrada en el Artículo 56 del decreto 2503 de 1987.

El apoderado de la entidad demandada coadyuva al recurso de apelación y solicita la nulidad de todo lo actuado en este proceso con posterioridad a la sentencia de primera instancia, por considerar que la sentencia del Tribunal de 13 de julio de 1992 no se refiere al período, ni a los actos administrativos, ni a la cuantía objeto de la demanda.

También manifiesta que el Tribunal no notificó la sentencia objeto del presente caso, sino otra radicada bajo el No. 7659, que se refiere a las mismas partes, pero correspondiente a otra vigencia fiscal y a unos actos administrativos y cuantía diferentes. Lo anterior hace que se tipifique la causal de nulidad consagrada en el Artículo 140 numeral 9 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil.

Adicionalmente indica que si no prospera nulidad, se debe tener en cuenta en relación con el fondo del asunto que la no presentación de la declaración de renta es una conducta que en el caso presente persiste en el tiempo mientras no se cumpla con la obligación legal de declarar.

En el caso bajo estudio, la Administración para aplicar la sanción tomó como base las cuentas bancarias sin referirse a las cuentas de ahorro (a las cuales se refiere el Tribunal en la sentencia de primera instancia).

La señora Procuradora Sexta Delegada ante esta Corporación conceptúa que la sentencia apelada merece ser confirmada.

El Artículo 56 del decreto 2503 de 1987 constituye una norma de carácter sustantivo. Se trata de una facultad punitiva en cabeza de la oficina de impuestos que se ejerce una vez comprobada la infracción.

Aunque el encabezamiento de un decreto indica en términos generales su contenido, no significa que dentro del mismo no se hallen normas de contenido diferente al inicialmente enunciado.

Teniendo en cuenta el carácter sustancial del Artículo 56 del decreto 2503 de 1987, la Administración no podía legalmente aplicar tal norma que entró en vigencia en 1987 a un hecho que se configuró en una época anterior.

En relación con la alegada "incongruencia" entre la sentencia y la demanda, basta para desvirtuarla la comparación de la primera con la segunda para determinar el error en que incurrió el apelante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para resolver, encuentra la Sala que se deben tener en cuenta los siguientes aspectos: el carácter o no de norma sustantiva atribuíble al Artículo 56 del decreto 2503 de 1987 (norma con base en la cual la Administración de Impuestos Nacionales

de Bogotá impuso al actor la sanción por no declarar renta por la vigencia fiscal de 1984) y su vigencia en el momento en que se configuró la conducta sancionable, la observancia o no por parte del Tribunal del principio de la congruencia entre la demanda y la sentencia, y, la aplicación del denominado "método bancario".

1. Con respecto al carácter sustantivo o procedimental de la norma contenida en el Artículo 56 del decreto 2503 de 1987, el cual dispone que:

> "Sanción por no declarar - Vencido el término que otorga el emplazamiento de que trata el Artículo anterior sin que se hubiere presentado la declaración respectiva, la Administración de impuestos procederá a aplicar una sanción por no declarar equivalente a:
>
> 1. En el caso de que la omisión se refiera a la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios, al 20% del valor de las consignaciones bancarias o ingresos brutos de quien persiste en su incumplimiento, que determine la Administración por el período al cual corresponda la declaración no presentada, o al 20% de los ingresos brutos que figuren en la última declaración de renta presentada, el que fuere superior.
>
> 2. .....".

Se observa que tal precepto legal tipifica una conducta y establece la respectiva sanción, ostentando de esta manera el carácter de "norma de derecho sustantivo".

Al sustentar el recurso de apelación, el apoderado de la entidad demandada indicó que las normas del decreto 2503 de 1987 a través de las cuales se impuso al actor la sanción por no declarar, tenían carácter procedimental, de acuerdo con el encabezamiento del mencionado decreto y por su ubicación dentro del Libro Quinto del Estatuto Tributario que se intitula PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO....

En relación con este aspecto, se considera en primer lugar que del encabezamiento del decreto 2503 de 1987 "por el cual se dictar normas para el efectivo control, recaudo, cobro, determinación y discusión de los impuesto que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales", no surge el carácter adjetivo o procedimental de la norma en comento, ni tampoco de su ubicación dentro del Libro Quinto del Estatuto Tributario porque tal estatuto realiza una recopilación armónica e integral de normas sin que la ubicación de una norma en uno u otro Libro, Título o Capítulo determine su carácter sustancial o adjetivo.

De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta que la norma contenida en el Artículo 56 del decreto 2503 de 1987 por su carácter "sustantivo" no se podía aplicar de manera inmediata, es claro que la Administración no podía imponer válidamente la sanción prevista en tal norma al caso *sub-exámine* porque el decreto 2503 de 1987 entró en vigencia el 29 de diciembre de 1987 y la conducta sancionable se configuró en 1984.

2. En relación con la congruencia entre la demanda y sentencia, se tiene que el actor a través del memorial de demanda solicitó:

"1.1. Que se anulen los actos administrativos de determinación de la sanción por no declarar cuáles son"

a) El emplazamiento No. 000008 del 27 de octubre de 1988 proferido por la División de Fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, (Anexo 2).

b) La resolución No. 260001 del 4 de enero de 1989 correspondiente a la vigencia fiscal 1984 y por valor de $60.077.177 (Anexo 3).

c) La resolución No. 05006 del 11 de enero de 1990 de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, notificada personalmente al suscrito el día 22 de enero de 1990 (Anexo 6).

"1.2. Que como consecuencia de lo anterior se procede a restablecer el derecho de mi poderdante así:

1. Que se revoque la sanción por no declarar impuesto a mi poderdante por el año gravable 1984" (folios 2 y 3).

El tribunal mediante la sentencia apelada proferida el 13 de julio de 1992 decidió:

"1. Anúlanse los actos administrativos contenidos en el emplazamiento No. 000008 del 27 02 Octubre de 1988 y las resoluciones Nos. 260001 del 4 de enero de 1989 y 05006 del 11 de enero de 1990, proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá mediante los cuales se impuso sanción por no declarar en el año de 1984, al Señor Román de Jesús Gómez García identificado con el Nit. 2.943.970". (folio 95).

Y, el apoderado de la entidad apelante, en la sustentación del recurso de apelación, manifestó que:

"En primer lugar se produce el emplazamiento (sic) No. 000009 de 27 de octubre de 1988 y del cual se solicita declarar nulidad. La sentencia del Honorable Tribunal anula el emplazamiento (sic) No. 000008.

"La resolución anulada es la No. 260001 del 4 de enero de 1989 pero la que impuso la sanción por no declarar al Sr. GOMEZ GARCIA y de la cual se pide su nulidad es la No. 260002.

"La vigencia fiscal sobre la cual trata el petitum demandatorio es 1985. El fallo del Tribunal se hace sobre el período gravable de 1984.

"La cuantía recurrida en vía gubernativa y dentro del proceso contencioso es de $52.618.456. En la sentencia apelada y sin que se haga alusión a modificación alguna, aparece como cuantía la suma de $60.077.177.

"La resolución de la División de Recursos Tributarios y con la cual se confirma la sanción es la No. 05007 del 11 de enero de 1990. La declarada nula es la No. 05006. (folios 99 y 100).

De acuerdo con la confrontación anterior, es claro para la Sala que existe perfecta congruencia entre lo solicitado por el actor en la demanda, esto es, la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, que determinaron la sanción (en cuantía de $60.077.177) por no declarar el impuesto de renta por el año gravable de 1984: el emplazamiento No. 000008 de 27 de octubre de 1984 y las resoluciones No. 260001 de 1 de enero de 1989 y 05006 de 11 de enero de 1990, y lo decidido por el Tribunal en la sentencia de primera instancia al declarar la nulidad de los mismos actos administrativos que impusieron la sanción por no declarar en 1984 al actor, y que, el equivocado es el apoderado de la entidad apelante, que al sustentar el recurso de apelación se refiere a unos actos administrativos y a una vigencia fiscal completamente diferentes.

Finalmente se observa que, aunque el Tribunal indicó que era equivocado aplicar el denominado "método bancario" para la imposición de la sanción por no declarar, de la forma como en su concepto lo hizo la Administración, ésta Sala no se pronuncia al respecto puesto que no fue objeto del recurso de apelación.

Los anteriores razonamientos son suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Se reconoce al Doctor JUAN CARLOS GUERRERO CARDENAS, como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

RENTA PRESUNTIVA-Determinación/ **CONTROL DE PRECIOS**

El Artículo 50 del al Ley 55 de 1985, no fue reglamentada por el Gobierno con el objetivo de permitir la ejecución de la Ley, para la determinación de la renta presunta cuando la actividad del contribuyente estaba sujeta al control de precios; es decir no se le indicó si el interesado debía formular una petición en tal sentido, o si la reducción de la renta presunta debía hacerla el Ministerio de manera general para los distintos sectores económicos, atendiendo precisamente a los estudios económicos que hayan servido de base para fijar el precio de los respectivos bienes y servicios y si debía fijar el precio de los respectivos bienes y servicios y se debía formularla el contribuyente. Dichas circunstancias no exoneraban al contribuyente de comprobar debidamente el hecho que le permitió disminuir sus ingresos para efectos de la determinación de la renta presunta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C., once de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

REF.: Expediente No. 4373. Actor: EVEREADY DE COLOMBIA S.A. (Antes Unión Carbide Colombia S.A.) NIT. 90.302.546. Apelación de la sentencia de julio 31 de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1985. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia de 31 de julio de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad EVEREADY DE COLOMBIA S.A. NIT. 90.302.546, contra el acto administrativo de determinación

del impuesto de renta y complementarios, que por el año gravable de 1985, le practicó la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES

Mediante el requerimiento especial # 00082 del 8 de mayo de 1988, la Administración de Impuestos Nacionales, propuso a la sociedad contribuyente la modificación de su liquidación privada, como consecuencia del rechazo de ingresos que por valor de $477.172.356 excluyó para efectos de determinación de la renta presunta, por no haber dado cumplimiento al requisito establecido en el Artículo 50 de la Ley 55 de 1985.

Proposición que concretó en la liquidación de revisión # 00011 del 12 de agosto de 1988, "por no adjuntar la resolución correspondiente proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la que autoriza la exclusión de dichos ingresos de conformidad con el Artículo 50 de la Ley 55 de 1985", en consecuencia determinó la renta presunta sobre el total de ingresos netos del año de 1985, para liquidar un mayor impuesto en exceso de la liquidación privada por $3.817.378.

Dentro de la oportunidad establecida por la ley la sociedad, interpuso el recurso de reconsideración que fue fallado mediante la Resolución No. 0057 del 4 de Agosto de 1989, con confirmación del acto recurrido.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la contribuyente, acusó el acto administrativo de violar los Artículos 50 de la Ley 55 de 1985; 29 y 32 de la Ley 52 de 1977; 62 del decreto Extraordinario 1651 de 1961; 15 de la Ley 9 de 1983 y 20, 26 45 y 120 ordinal 3 de la Constitución Nacional, al pretender que un particular asuma las consecuencias de la infracción en que incurre un funcionario público, al omitir el ejercicio de las funciones que la ley le asignó.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda, porque en materia de renta presuntiva cuando la actividad económica del contribuyente esté afectada por disposiciones relativas al control de precios, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 50 de la Ley 55 de 1985, para que un contribuyente pueda hacerse acreedor al beneficio de la reducción proporcional a la renta presuntiva, se requiere obtener por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la respectiva providencia que así lo autorice.

LA APELACION

El apoderado de la contribuyente al apelar la sentencia, expone que la sociedad probó los presupuestos establecidos por el Artículo 15 de la Ley 9 de 1983, para obtener el derecho a la exoneración de aplicación de la renta presuntiva como fueron: el objeto social de la empresa; la naturaleza de las actividades y bienes producidos en 1985 y el certificado de la Superintendencia de Industria y Comercio donde consta la existencia de control oficial de precios.

Expresa, que no comparte la posición del Tribunal en el sentido de que el Artículo 50 de la Ley 55 de 1985, sea lo suficientemente claro y explícito al señalar que para el contribuyente, que desee beneficiarse con la reducción proporcional de la renta presuntiva, debe obtener la providencia que se pronuncie en este sentido.

Considera que fue inadecuada la interpretación del a-quo, porque lo jurídico consistía en aplicar de forma prevalente, las disposiciones de la Ley 9 de 1983 (art. 15) y las de los decretos 353 de 1984 (art. 2 numeral 8 y 3 numeral 6), y 80 del mismo año (art.16). Invoca las sentencias del Consejo de Estado del 21 de marzo de 1991, Expediente 3196 y de abril 5 de 1991, para concluir de ellas que sí se cumplió con los requisitos exigidos en la Ley tributaria (arts. 15 de la Ley 09 de 1983 y 16 numeral 39 del decreto 80 de 1984) ante la falta de una norma legal que estableciera el mecanismo para el ejercicio de la atribución del Ministerio de Hacienda, para certificar la autorización para la reducción de la renta presuntiva.

OPOSICION A LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la actora, y luego de admitir que si bien ésta probó que su actividad estuvo sujeta al control de precios, también debío probar la proporción en que tal circunstancia incidío en su rentabilidad, y que para acreditar tal hecho el artículo 50 de la Ley 50 (sic) de 1985, exige la autorización otorgada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público. Y que sólo hasta obtener un pronunciamiento en particular de la autoridad competente, podía excluir, de la base para el cálculo de la renta presuntiva, los ingresos afectados por medidas relativas al control de precios, pero que si el apelante no acreditó la autorización del Ministro, la omisión de tal requisito impide que se acceda a reducir la renta presuntiva.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero delegado en lo Contencioso, estima que la sentencia apelada debe confirmarse porque el artículo 15 de la Ley 09 de 1983, que establece la renta presuntiva en sus incisos 4º, y 5º numeral 2º, aclara que dicha renta se reducirá proporcionalmente sobre aquella parte de los ingresos netos y del patrimonio líquido vinculado a empresas en períodos improductivos, o afectada por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, siempre que se demuestre la existencia de estos hechos y la proporción en que influyeron en la determinación de una renta líquida inferior y que la reducción proporcional también

se hará en otros casos debidamente comprobados, como cuando la actividad económica del contribuyente se encuentre afectada por disposiciones legales o administrativas relativas al control de precios.

Evento este último, en el que de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 55 de 1985, la reducción proporcional se hará por el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Estima que la sociedad se limitó a excluir de los ingresos gravables de 1985, la suma que se discute porque a su juicio, aquella corresponde a ingresos afectados por el control de precios, pero no demostró debidamente la afirmación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Ciertamente el tema relacionado con la determinación de la renta presunta, cuando la actividad del contribuyente está sometida al control de precios, ha sido objeto de múltiples pronunciamiento por esta corporación atendiendo especialmente la normatividad vigente para cada período gravable, los motivos del desconocimiento por parte de la Administración, y las pruebas que obran dentro del proceso, de tal manera que una sentencia no constituye en sí mismo un fundamento para proferir otra decisión, porque ésta debe obviamente basarse en los hechos alegados y las pruebas presentadas que permitan la aplicación del derecho vigente a las pretensiones de las partes.

La Sala en múltiples sentencias, como en los fallos del 22 de marzo de 1991 y 5 de abril de 1992, que cita el apoderado judicial de la actora ha afirmado que tratándose de la determinación de la renta gravable por el sistema de renta presuntiva con base en los ingresos del contribuyente, no es suficiente el simple hecho de que la actividad de los contribuyentes esté sujeta a una medida de control de precios. Pues también afirma, que es necesario interpretar la norma en el sentido de que la medida oficial de precios implique para el contribuyente una rentabilidad inferior al 2% señalado en el Artículo 15 inciso 4 del decreto 2053 de 1974, como claramente allí se expresa.

Se ha precisado en dichas oportunidades que efectivamente el Artículo 50 de la Ley 55 de 1985, no fue reglamentado por el Gobierno con el objeto de permitir la ejecución de la Ley, para la determinación de la renta presunta cuando la actividad del contribuyente está sujeta al control de precios; es decir, no se le indicó si el interesado debía formular una petición en tal sentido, o si la reducción de la renta presenta debía hacerla el Ministro de manera general para los distintos sectores económicos, atendiendo precisamente a los estudios económicos que hayan servido de base para fijar el precio de los respectivos bienes y servicios, y si debía formularla el contribuyente. Que procedimiento, pruebas y términos debía utilizar para el efecto. Se dijo también que dichas circunstancias no exoneraban al contribuyente de comprobar debidamente el hecho que le permitió disminuir sus ingresos para efectos de la determinación de la renta presunta.

No es válida entonces la apreciación del contribuyente, cuando afirma que el texto del artículo 50 de la Ley 55 de 1985, no se desprende el cumplimiento de ningún requisito para que la disminución sea aceptada ni la Ley condiciona al cumplimiento de determinados requisitos.

Precisamente la Sala refiriéndose a una planteamiento similar en un caso igual al que nos ocupa en sentencia del 20 de marzo de 1992, Proceso 3707, Actor Transportes Colombia precisó:

"Errónea interpretación que de la Ley hace la demandante, pues si bien es cierto el artículo 50 de la Ley 55 de 1985 no fue reglamentado por el Gobierno, como quiera que no expresó si debía elevarse solicitud, en qué término y si debía adjuntarse a la declaración, no es menos que el Artículo 15 de la Ley 9 de 1983 al cual aquella hace referencia, sí exige comprobar los hechos y la proporción en que influyeron en la determinación de una renta líquida inferior.

"Es decir que en el caso específico que se discute era al Ministro de Hacienda a quien por resolución competía determinar la reducción."

Ante la ausencia del cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley no puede la Sala acceder al reconocimiento de la disminución de ingresos de ingresos de la renta presuntiva, toda vez que no está demostrado en el proceso la manera como el control de precios influyó en una rentabilidad inferior a la establecida en la ley y por ello habrá de confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Confírmase la sentencia del 31 de julio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 7465.

2. Reconócese al doctor Juan Carlos Guerrero Cárdenas como apoderado judicial de la demandada a términos del poder que obra a folio 105 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

ACTA DE INSPECCION TRIBUTARIA-Naturaleza/ **PRUEBA PERICIAL/ PRINCIPIO DE PUBLICIDAD/PRINCIPIO DE CONTRADICCION**

Las aseveraciones de la Administración de adicionar ingresos a la base gravable podían controvertirse por la contribuyente, porque el acta de visita administrativa de inspección no tiene el carácter de prueba pericial irrefutable no solo porque la práctica de la misma no se sujeta a los principios y formalidades de ésta, sino porque a los funcionarios que en ellas intervienen no se les exige que ostenten la condición de contadores públicos, de suerte que la respectiva acta permite presumir la coincidencia con los datos consignados en los libros de contabilidad. No puede pretenderse entonces que sea prueba absoluta e incontrovertible porque es precisamente la misma Ley la que permite al contribuyente formular los descargos en ella contenidos y especialmente porque el principio de publicidad y contradicción de la prueba así lo exige.

CONTABILIDAD/ERROR CONTABLE-Corrección

Si bien es cierto que de acuerdo con la ley cualquier error u omisión en la contabilidad debe salvarse con un nuevo asiento en la fecha en que el error se advierte, la actora no cumplió con tal exigencia toda vez que sí incurrió en error al elaborar el asiento de una factura para lo cual elaboró un anota crédito para anular la factura respectiva era en esta oportunidad en la que supuestamente no solo evidenció el error sino que produjo el comprobante de diario, en la que ha debido efectuar el correspondiente asiento de corrección y no esperarse para hacer la reversión contable en un período gravable distinto a aquel en que detectó el error. Ese hecho permite deducir que para el período *sub-lite* la sociedad tenía dos registros distintos por operaciones de ventas a la misma sociedad, ambos por distinto valor.

PRUEBA DOCUMENTAL-Ineficiencia/**DOCUMENTO AUTENTICO/COPIA**-Valor probatorio

El contribuyente para probar las aseveraciones hechas acompaña una fotocopia de fotocopia autenticada por Notario, de las facturas cuestionadas que no constituyen prueba suficiente de los hechos alegados, en primer lugar porque ellas solo reflejan el valor de unas ventas gravadas a determinadas tarifas pero no desvirtúan los hechos glosados relacionados con la no inclusión total en la declaración de los impuestos que legalmente liquidó o debió liquidar la sociedad y en segundo lugar porque de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil "las copias tendrán el mismo valor del original cuando sean autenticadas por Notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada, "y las aportadas con ocasión de la demanda corresponde a fotocopia autenticada de otra fotocopia sin autenticación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C., diciembre once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref.: Expediente No. 4381. Actor: Productos Roche S.A. Nit. 60.003.216. Apelación de la sentencia de julio 31 de 1992. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Ventas I semestre de 1983. FALLO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Nación contra la sentencia del 31 de julio de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aceptó parcialmente las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad PRODUCTOS ROCHE S.A., NIT. 60.003.216, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, le determinó el impuesto a cargo por el período correspondiente al Primer Semestre de 1983.

ANTECEDENTES

La sociedad presentó la declaración tributaria del impuesto sobre las ventas correspondiente al primer semestre de 1983 el 28 de julio del mismo año, en la cual determinó un saldo a favor por $4.976.898.

La administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, mediante auto comisorio No. 0040 del 17 de abril de 1985, ordenó practicar una inspección administrativa a la sociedad contribuyente, con base en la cual determinó que la sociedad omitió declarar ventas por $6.104.698, en el tercer bimestre de 1983, que solicitó impuestos descontables sobre ventas no declaradas por el segundo bimestre de $518.374 y por el tercer bimestre $4.731 y $785.904.

Previo requerimiento 00070 del 3 de julio de 1985, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá practicó a la sociedad la liquidación de revisión # 100478 de 24 de octubre de 1985, en la que le determinó un valor a pagar por impuestos de $3.446.013 y sanción por inexactitud por $6.892.026.

La liquidación de revisión fue objeto de recurso de reconsideración, en cuya interposición alegó el responsable, que no era cierto que hubiera ocultado las ventas mencionadas por la Administración y hace el planteamiento de las circunstancias que rodearon la contabilización de las ventas efectuadas a Richardson Vick y la reversión de asientos.

Mediante la Resolución No. 00225 de Noviembre 8 de 1988, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá confirmó la liquidación de revisión, considerando que el acervo probatorio anunciado y pedido no era suficiente para desvirtuar el acto administrativo, porque de una parte el Artículo 15 del decreto 3803 de 1982 establecía que cuando el contribuyente no presentara los libros de contabilidad, cuando la Administración lo exigiera, no podía invocarlos después como prueba a su favor y a tal hecho se tendría como indicio en contra. Que de otra parte el certificado del revisor fiscal aportado no concuerda con el número de comprobante y fecha que da fe.

LA DEMANDA

Agotada la vía gubernativa, acudió la contribuyente ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho acusando al acto administrativo de violar los Artículos 2, 5 y 26 del decreto 1998 de 1974; 98 de ley 09 de 1983; 16 del decreto 3541 de 1983 y 15 del decreto 3803 de 1982.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda, al considerar que el debate se encontraba circunscrito esencialmente al aspecto probatorio, y que se evidencia que en última instancia la Administración mantuvo la glosa con fundamento en la crítica que formuló al certificado expedido por el revisor fiscal en su numeral 7 y al hecho de no advertir las constancias respectivas en el acta de visita sobre la reversión contable alegada por la contribuyente. Y que la actora mejoró la prueba ante la jurisdicción de manera tal que corroboró las afirmaciones hechas en la demanda y aportó la claridad necesaria al debate.

Que por otra parte, la Administración, en la etapa investigativa, sí detectó la reversión en el acta de visita, cuando al adicionar la base gravable en la suma de $6.104.698, indicó como razón que en los folios 65 y 69 del libro mayor y balances, se encontraban ventas contabilizadas y no declaradas "ya que el responsable disminuye la base gravable del período por conciliaciones de cuentas con Richardson Vick de ventas correspondientes al mes de marzo de 1983".

LA APELACION

La apoderada judicial de la Nación apela el fallo, al considerar incorrecto que el Tribunal haya levantado la adición de ingresos, fundamentándose en que la actora desvirtuó la inspección contable, al demostrar que los errores cometidos, como la rectificación de una factura con la expedición de otra son solucionables cuando son advertidos, conforme con el Artículo 57 numeral 4 del Código de Comercio, porque una cosa es la situación concreta de corregir lo que quedó mal y otra es la de no declarar lo que se contabiliza, para luego concluir se trata de una corrección.

Que la afirmación del revisor en este sentido no puede constituir prueba mejorada si se tiene en cuenta que hubo inspección contable y que la misma goza de la legalidad que debe presidir toda actuación administrativa.

Reitera que además de acuerdo con el Artículo 15 del decreto 3803 de 1982, era obligación de la contribuyente presentar todo acervo probatorio exigido en la diligencia administrativa so pena de no considerársele posteriormente. En igual sentido se pronuncia contra la aceptación de los impuestos descontables, toda vez que las pruebas presentadas al Tribunal debieran aportarse en la vía gubernativa.

OPOSICION

El apoderado judicial de la actora controvierte las consideraciones formuladas por la apelante, manifestando:

1. Que en la debida oportunidad procesal y mediante las pruebas pertinentes y conducentes, demostró que la Administración en el acta de visita entendió erradamente la información contable de la sociedad, por lo que, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 92 del decreto 1651 de 1961, desvirtuó la presunción de que gozaba el acta, al demostrar la realidad fáctica de la inexistencia del ingreso que le imputó la administración, porque la reversión del asiento para corregir el error en que incurrió la sociedad está permitido por el Código de Comercio, y puede observarse el análisis de las cuentas que acompañan el cuadro analítico del tercer bimestre de 1983, preparado por la propia Sección de Auditoría Externa, Grupo de Investigación del Impuesto sobre las Ventas, en donde claramente afirma que: se contabiliza el valor de anulaciones, reversiones y otras... en ventas del 35%... conciliación cuentas RVF ventas de Marzo por valor de $6.104.698", según acertadamente recordó el Tribunal.

2. Que no es procedente la aplicación inexorable del Artículo 15 del decreto 3803 de 1982, que alegó la Administración a lo largo de todo el proceso, pues en ningún momento la sociedad se negó a la presentación de libros y documentos cuando la Administración lo exigió y que por el contrario, fue al presentarlos que la Administración conoció el hecho de la reversión, pero se abstuvo de apreciarlo realmente o le dio un alcance indebido e irreal.

3. Expone que en ningún momento se han constituido pruebas con posterioridad a los hechos, ya que el registro de la venta reversada lo conoció la Administración por los documentos contables que tuvo a su disposición la comisión visitadora. Y que igual ocurrió en relación con la parte aceptada de los impuestos descontables.

Pide se confirme la sentencia apelada.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Sexto Delegado en lo Contencioso ante la Corporación , conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse, porque los motivos que tuvo la administración para la determinación oficiosa del impuesto, fueron suficientemente explicados por la demandante, que, aludiendo a las mismas cifras, fechas y documentos y acompañando las pruebas respectivas expresa cómo al efectuar en el segundo bimestre de 1983 una venta con entrega de mercancías, facturó sobre el precio de $6.104.698.25 el impuesto a las ventas a la tarifa del 35%, exigiendo al cliente una suma superior a la debida, operación que fue asentada con el comprobante de diario 03C-002 del 31 de marzo de 1983, y posteriormente, a petición de la compradora, anulada y sustituida la factura y reversada su contabilización.

Procedimiento que a su juicio es perfectamente razonable, adecuado y ajustado al Artículo 57 numeral 3 del Código de Comercio, como lo precisó el Tribunal.

Considera que la certificación expedida por el revisor fiscal, junto con la nota crédito 001 de mayo 24 de 1983 y la factura sustitutiva VD-06, registrada con comprobante de diario 05P-003 de mayo 31 de 1983, son pruebas que indican claramente que la reversión contable tuvo lugar en el último bimestre del primer semestre de 1983 y que la operación comercial cuya contabilización fue corregida, quedó incluida, como lo ordena la Ley, dentro de las gravables efectuadas en el segundo bimestre en disminución.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar observa la Sala, que según afirma la misma Administración en el Acta de visita de Abril 17 de 198 fls. 003 a 159 numeración mecánica tinta verde, cuaderno de antecedentes administrativos) la sociedad exhibió los libros de contabilidad Diario-Mayor-Inventarios y Balances y los auxiliares; que llevaba a nivel de mayor, la cuenta de "Impuesto a las ventas por pagar"; cuentas separadas de las ventas gravables excluidas y exentas, y en ningún momento afirma que el contribuyente no hubiera o presentado los comprobantes de orden interno o externo que le hubiera pedido sus funcionarios.

A folio 0096 aparece el cuadro analítico del 28 de mayo de 1985 en donde expone que los ingresos brutos según la investigación son de $690.065.643, mientras

que los declarados son apenas de $683.960.945, para una diferencia de $6.104.698, monto que de acuerdo con las observaciones al cuadro analítico se adiciona la base gravable a la tarifa del 35%, en razón de encontrarse contabilizados y no declarados según folios 68 y 69 del Libro Mayor y Balances, ya que el responsable disminuyó la base gravable por conciliaciones de cuentas con Richardson Vick, por ventas del mes de marzo de 1983, factura VD-020/83 comprobante No. 03-C-002 de marzo de 1983 y comprobante de diario 05-P003 de marzo de 1983.

Estas aseveraciones podían controvertirse por la contribuyente, porque el acta de visita administrativa de inspección, como en repetidas veces lo ha analizado la Corporación, no tiene el carácter de prueba pericial irrefutable, no solo porque la práctica de la misma no se sujeta a los principios y formalidades de ésta, sino porque a los funcionarios que en ellas intervienen no se les exige que ostenten la condición de contadores públicos, de suerte que la respectiva acta solo permite presumir la coincidencia con los datos consignados en los libros de contabilidad, según se desprende del Artículo 92 del decreto 1651 de 1961, vigente para el *sub-lite*.

No puede pretenderse que el acta de inspección sea prueba absoluta e incontrovertible, porque es precisamente la misma Ley la que permite al contribuyente formular los descargos en ella contenidos y especialmente, porque el principio de publicidad y contradicción de la prueba así lo exige.

Entonces, cuando el contribuyente estima que los registros contables fueron indebida o erróneamente analizados o apreciados por los funcionarios de la Administración, puede controvertirlos, y solicitar el análisis de los mismos expertos o aportar la certificación de los asientos por el contador público o el revisor fiscal a quien la Ley ha autorizado para dar fé sobre tales registros con el fin de que el Juez de conocimiento, una vez los haya analizado, los aprecie y los valore frente al acta de inspección practicada por la Administración para determinar de manera inequívoca los hechos económicos del contribuyente.

Si bien el acta de inspección es prueba de las irregularidades contables que reporta y de la inoponibilidad en su momento, frente a terceros de los libros y efectos inspeccionados, no lo es de la inexistencia física o falsedad de los conceptos y guarismos objeto de examen. Menos aún, cuando se afirma que el funcionario que practicó la visita incurrió en indebida apreciación de las operaciones consignadas en los libros y papeles de comercio a menos que habiéndose solicitado la exhibición de estos expresamente al contribuyente, éste se hubiera negado a su exhibición, o que exigidos no diera las explicaciones pertinentes, o que no lleve el registro de sus operaciones mercantiles conforme lo exige la Ley, o que los libros como documento que son, hayan sido tachados por falsedad.

En este orden de ideas, fue acertada la decisión del a-quo al estudiar las pruebas pedidas y aportadas con la demanda, para hacer efectivo el derecho de defensa amparado por la Constitución Política las que se analizarán en esta oportunidad con relación a los hechos de la demanda y frente a los argumentos de la apelación.

Según consigna el acta de visita la adición a la base gravable comprende:

Ventas contabilizadas y no declaradas por $6.104.698

De acuerdo con el acto administrativo de liquidación de revisión (fl. 107 cdno. andtes.) se mantuvo la adición porque, "cotejadas las pruebas como los argumentos del responsable, en la respuesta al requerimiento riñen con los que se produjeron sobre las mismas fuentes de información que obtuvo la comisión investigativa. Es pues apenas lógico que a la luz de las evidencias expuestas en el presente memorando, los argumentos probatorios se constituyen en hechos preconstituidos".

En la respuesta al requerimiento, la sociedad acusó a los funcionarios que practicaron la visita de rendir información completamente inexacta y ajena a los hechos. Explica que la Administración toma doblemente las ventas efectuadas a la sociedad Richardson Vick Interamericas Inc por valor de $6.104.698, que fueron contabilizados en marzo y en mayo de 1983, que la sociedad eliminó fiscalmente la segunda contabilización en la declaración tributaria del primer semestre, pero que la operación de reversión en libros se efectuó tan solo en el siguiente semestre.

Para probar sus aseveraciones acompaña certificados expedidos por el revisor fiscal e invoca los documentos elaborados por la propia administración especialmente el folio 74 del acta de visita, en donde a su entender, se encuentra la explicación de la doble contabilización. Planteamiento que reiteró en el recurso gubernativo y que no fue atendido por la Administración al considerar que de acuerdo con lo establecido por el Artículo 15 del decreto 3803 de 1982, no era de recibo la prueba contable.

El Tribunal sin embargo admitió la prueba contable presentada: los comprobantes de diario y la certificación del revisor fiscal, para acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.

La contabilidad como prueba

De acuerdo con el Artículo 40 del decreto 2821 de 1974, vigente para el período sub-lite:

"Tanto para los comerciantes, como para quienes no estando legalmente obligados lleven libros de contabilidad, éstos serán prueba suficiente, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

1. Estar registrados en la Cámara de Comercio o en la Administración de Impuestos Nacionales, según el caso.

2. Estar respaldados por comprobantes internos.

3.RAD.-4381Reflejar completamente la situación de la entidad o persona natural.

4. No haber sido desvirtuados por medios probatorios directos o indirectos que no estén prohibidos por la Ley.

5. No encontrarse en las circunstancias del Artículo 74 del Código de Comercio." (Subraya la Sala).

La contabilidad de la actora

Observa la Sala en relación a este aspecto que:

a) El acta de inspección contable al adicionar las ventas supuestamente omitidas tuvo como fundamento el hecho de encontrarlas contabilizadas pero no declaradas. (fl 13 y 74 del acta de visita). En la respuesta al requerimiento (fl. 00079 numeración tinta verde cuaderno antecedentes administrativos) la responsable explica que evidentemente la factura VD-020/83 por el valor de $6.104.698, se contabilizó en el II bimestre de 1983 y que tal factura se registró nuevamente por error en el III bimestre de 1983 por lo que la sociedad eliminó esta segunda contabilización de su declaración del primer semestre, pero que la reversión de la operación solo la efectuó en el segundo semestre de 1983.

b) En la misma respuesta al explicar el cargo sobre los impuestos cobrados y contabilizados pero no declarados por la actora, éste responde en el requerimiento (fl. 00080 numeración tinta verde cuaderno de antecedentes). "...al respecto señalamos que lo anterior obedeció a errores contables, los cuales por supuesto no corresponden a omisiones en la fijación del total de impoventas a cargo y menos aún a disminución de la base gravable."

c) En el memorial del recurso de reconsideración afirma un hecho distinto, cual es la sustitución de la factura inicialmente contabilizada, por $8.760.306.55 que obedeció al envió de la nota débito 001-83 por parte del cliente Richardson Vick Inc, aduciendo que el error estuvo en la incorrecta liquidación del impuesto sobre el valor de la transacción por $6.104.698.42, que después convierte en $6.187.697.82 para reflejar un saldo crédito en la cuenta corriente del impuesto tercer bimestre por $2.164.694.13, mientras que la del segundo bimestre fue de $2.665.608. La contribuyente alega que el error cometido debía salvarse de acuerdo con la Ley, sin que estuviera obligada a incluir la segunda transacción en la declaración del impuesto sobre las ventas del período.

Precisa la Sala, que si bien es cierto que de acuerdo con la Ley (Código de Comercio, art. 57 numeral 3) cualquier error u omisión en la contabilidad debe salvarse con un nuevo asiento en la fecha en que el error se advierte, la sociedad actora no cumplió con la exigencia legal, toda vez que sí incurrió en error al elaborar el asiento correspondiente a la factura de venta por valor de $8.760.306, comprobante de diario VD-020/83, y si debido al error, sino que produjo el comprobante de diario con el fin de contrarrestar el valor de la operación incial, en la que ha debido, de

acuerdo, de acuerdo con la norma citada efectuar el correspondiente asiento de corrección y no esperarse para hacer la reversión contable en un período gravable distinto a aquel en que detectó el error.

El hecho de no haber efectuado la reversión contable en la oportunidad exigida por la Ley, permite deducir que para el período sub-lite la sociedad tenía dos registros distintos por operaciones de ventas a la sociedad Richardson Vick INC, uno en el segundo bimestre y otro en el tercero, ambos por distinto valor, y sin que en los registros correspondientes al mismo período fiscal existía asiento de reversión que permita neutralizar el error cometido, ya que según afirma la misma contribuyente al dar respuesta al requerimiento, solo en el segundo semestre de 1983 se reversó la operación.

Este hecho agregado a las circunstancias de la falta de explicación sobre la diferencia en el valor de las facturas VD-020/83 y VD-061/83, supuestamente referidas a una misma operación de compraventa, permiten deducir que la contabilidad de la sociedad actora, por el período sub-lite, no cumplió con los requisitos exigidos por la Ley fiscal (art. 34 numeral 3 del decreto 2821 de 1973) y que tampoco mostró fielmente el movimiento diario de compras y ventas, como se lo exigía el numeral 2 del Artículo 33, ibidem.

Así mismo, que para efectos del impuesto sobre las ventas, los registros débito y créditos en la cuenta del mencionado gravamen no se ajustaron a las exigencias contenidas en los Artículos 14 y 26 del decreto 1988, aún vigente para el sub-lite, de manera tal, que su análisis permitiera determinar con certeza y exactitud los impuestos por las operaciones gravadas, los impuestos descontables y por ende el saldo a favor.

Estas circunstancias a juicio de la Sala no permiten dar valor de prueba suficiente a la contabilidad de la actora y en consecuencia el certificado del revisor fiscal adolece de tal deficiencia probatoria, además que no señale la fecha ni comprobante mediante el cual efectuó el asiento de reversión, alegado explica la diferencia entre las facturas anuladas y sustitutivas.

Entonces para verificar la identidad de la operación a que hacen referencia las facturas VD 020/83 y VD 061/83, esta última no allegada al proceso, era preciso demostrar con otros medios probatorios previstos en la Ley que los Artículos enajenados en la primera transacción eran exactamente los mismo discriminados en la factura sustitutiva. Pero no aportó la actora prueba suficiente emanada de su cliente que permitiera a la Sala obtener dicha certeza, como sería la certificación de su revisor fiscal, ni pidió en la vía gubernativa ni en el proceso contencioso prueba de inspección contable a los libros de Richardson Vick INC.

Tampoco la declaración de ventas presentada de la actora constituye prueba suficiente pues como ella lo admite, no concuerda con los libros de contabilidad, en

razón de los errores contables cometidos especialmente al liquidar el impuesto sobre las ventas gravadas, que no se corrigió en libros pero sí en la declaración tributaria.

En consecuencia, ante la ausencia de elementos probatorios que permitan a la Sala tener la certeza sobre la realizad de las operaciones mercantiles de la sociedad, no es posible acceder a las súplicas de la demanda para excluir los ingresos adicionados por la Administración de Impuestos.

Por lo tanto la sentencia de primera instancia deberá revocarse en lo pertinente.

Adición de Impuestos Descontables

Según afirma el acta de inspección contable a folio 00097 numeración mecánica tinta verde, cuaderno de antecedentes, la adición corresponde a los impuestos contabilizados en la cuenta corriente del impuesto a las ventas, Códigos 2121 y 2125, no declarados por el contribuyente así:

Bimestre 2 de 1983	35%	518.734
Bimestre 3 de 1983	6%	4.731
	15%	785.904

Con relación a la glosa del 2 bimestre de 1983 la responsable explica que la diferencia obedece a un error de cálculo del impuesto, relacionado en la venta por $6.104.698.29 que al aplicarle la tarifa del 35%, no da como resultado el valor de $2.655.608.26 sino $2.136.644.41, y que por lo tanto al reversar el asiente por el anterior valor en nada perjudicó los intereses de la Administración.

Para el bimestre 1983, afirma que la diferencia encontrada pro la Administración en la contabilidad obedece a errores cometidos al registrar el valor de la factura VD 074 DE 1983, pues a pesar del haber liquidado en ella correctamente el impuesto correspondiente a las ventas gravadas a la tarifa del 35%, al contabilizarla en la cuenta del IVA por pagar calculó el impuesto a la tarifa del 15%, pero que el error no implicó una disminución en el saldo del impuesto a las ventas por pagar, porque al elaborar la declaración del primer semestre incluyó el monto de la factura en el valor de las ventas gravadas al 35%.

Que también incurrió en error al elaborar las facturas VD 077 de junio 17 y VD-064 pues liquidó un impuesto mayor al que le correspondía, pero que corrigió el error, igualmente en la declaración tributaria. Para probar las aseveraciones hechas acompaña una fotocopia de fotocopia autenticada por Notario, de las facturas mencionadas, que no constituyen prueba suficiente de los hechos alegados, en primer lugar porque ellas solo reflejan el valor de unas ventas gravadas a determinadas tarifas pero no desvirtúan los hechos glosados por la Administración relacionado con la

no inclusión total en la declaración tributaria de los impuestos que legalmente liquidó o debió liquidar la sociedad, y en segundo lugar porque de acuerdo con lo establecido por el Artículo 254 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil "las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, cuando sean autenticadas por Notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente, y las aportadas con ocasión de la demanda correspondiente a fotocopia autenticada de otra fotocopia sin autenticación. Así mismo las copias que obran en los antecedentes administrativos carecen de autenticación.

A juicio de la Sala el acervo probatorio arrimado al proceso no permite concluir con certeza la veracidad de las afirmaciones hechas por el demandante, ni prueba los hechos alegados de manera tal que desvirtuaran la legalidad de los actos acusados. En consecuencia, tampoco en este punto puede accederse a las súplicas de la demanda, y la sentencia que lo reconoce debe ser revocada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. REVOCASE la sentencia apelada.

2. DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

3. RECONOCESE a las doctoras Sandra Consuelo Rodríguez Almanza y Adríana Becerra Moscoso, como apoderadas de la Nación y la sociedad actora a términos de los poderes que obran a folios 158 y 170 respectivamente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

METODO BANCARIO-Improcedencia/**RENTA GRAVABLE**-Determinación/ **CONSIGNACION BANCARIA**

La utilización del llamado "Método Bancario" ha sido censurada desde el año de 1984, porque si bien es cierto que la Ley autoriza a la Administración de Impuestos para realizar todas las investigaciones tendientes a la fiscalización y determinación del tributo, y para tal efecto puede utilizar métodos directos e indirectos tal facultad queda limitada por la norma que enseñe que la determinación y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan probados en el respectivo expediente. No puede de la simple existencia de unas consignaciones en cuenta corriente inferirse validamente que constituyen ingreso, porque tal consecuencia no la permite la Ley. Si bien los depósitos pueden constituir un indicio de un mayor ingreso tal hecho no es suficiente ni puede tomarse como prueba del ingreso.

CONSIGNACION BANCARIA/LIBROS DE CONTABILIDAD-Atraso/**INGRESO FISCAL**-Improcedencia

Si bien es cierto que las consignaciones constituyen un principio de partida para la investigación tributaria con el fin de que complementada con las pruebas consagradas por la Ley permitan a la administración probar que dichas consignaciones si son ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio del contribuyente, ni son la prueba misma, ni constituyen conclusión del hecho. De otra parte, si bien es cierto que no llevar los libros de contabilidad como lo exige la Ley es un hecho irregular que constituye indicio en contra del contribuyente tal hecho en primer lugar no constituye un indicio necesario que sumado a los depósitos bancarios, permita inferir que por dicha circunstancia quede plenamente probado el carácter de ingreso fiscal de las consignaciones en entidades financieras o bancarias.

COSTOS-Comprobación **CONTABILIDAD**-Irregularidad/**COSTO PRESUNTO**

Si bien puede ser cierto que el contribuyente no llevaba la contabilidad en forma regular pues la Administración encontró que no estaba debidamente soportada con comprobantes internos y externos, no por ello puede negársele al derecho a probar los costos, ni puede establecerse que los ingresos carecen de costo o que constituyen renta gravable porque tales inferencias no las establece la Ley. Ahora si bien la Administración estimó que el costo informado por el contribuyente no era real o estaba en imposibilidad de determinarlo mediante pruebas directas como las declaraciones, libros de contabilidad, etc. para guardar la justicia tributaria ha debido aplicar los sistemas que para casos como el que nos ocupa prevé la Ley y determinarle costos presuntos conforme con lo señalado por el Artículo 31 del Decreto 2053 de 1974.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., Diciembre once (11) de mil novecientos noventa y dos (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

REF.: Expediente No. 4420. Actor: José Aníbal Arbelaez Ocampo. C.C. # 1.242.082. Apelación de la sentencia del 18 de agosto de 1992 del Tribunal Administrativo del Quindío. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1986. FALLO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Nación contra la sentencia del 18 de agosto de 1992 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Quindío accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por el Señor JOSE ANIBAL ARBELAEZ OCAMPO, C.C. # 1.242.082, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia, le determinó el impuesto de renta, complementarios y sanciones para la vigencia fiscal de 1986.

ANTECEDENTES

El contribuyente presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1986, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia el 6 de abril de 1987, la que corrigió el 25 de mayo del mismo año, en la que consignó un saldo a favor pro $88.993.00, cuya devolución solicitó, y que fué ordenada por Resolución # 155 de la División de Recaudo.

Mediante auto comisorio dicha Administración ordenó inspección general a la contabilidad de la actora, diligencia cuyos resultados quedaron consignados en el acta R-02 del 25 de octubre de 1992, que deja constancia de que el contribuyente no presentó todos los libros oficiales de contabilidad, ya que no llevaba el de Inventarios

y Balances, que carecía de soportes y que en las cuentas corrientes se hicieron consignaciones, cuyo valor el contribuyente no denunció como ingreso, y así mismo, que los supuestos beneficiarios de los costos pedidos estaban identificados con cédulas fraudulentas o de personas fallecidas.

Mediante el requerimiento especial #000094 de 9 de hybui de 1989, la Administración, propuso al contribuyente la modificación de la liquidación privada como consecuencia de la adición de los ingresos consignados en los Bancos Cafetero y Bogotá por $52.530.241; el rechazo de costos por $54.223.589 por corresponder $13.231.737 a beneficiarios identificados con cédulas fraudulentas; cédulas que no coinciden $9.616.026, cédulas sin expedir $2.356.019, cédulas canceladas $737.786; doble cedulación $521.306; costos no comprobados $41.001.852 y la imposición de las sanciones por libros, inexactitud e indebida devolución.

Proposición que concretó, oída la respuesta al requerimiento, en la liquidación de revisión # 0023 de Marzo 8 de 1990, en la que determinó un mayor impuesto por $31.740.599; sanción por libros de contabilidad por $538.425; por devolución improcedente $444.965, inexactitud por $50.784.958 y reliquidó el anticipo incrementándolo en $11.809.846.

Contra dicho acto administrativo el contribuyente recurrió en reconsideración ante la misma entidad administrativa, que mediante la Resolución # 0033 del 4 de abril de 1991 confirmó la liquidación de revisión.

LA DEMANDA

Acudió el contribuyente ante el Tribunal Administrativo del Quindío en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho acusando al acto administrativo de determinación oficial de los impuestos de transgredir principalmente los Artículos 26 de la Constitución Nacional de 1886; 84 del Código Contencioso Administrativo y 647, 683, 706, 732, 734, 742, 744, 772, 774, 776, 780, 786 y 866 del Estatuto Tributario, pues a su juicio se violó el espíritu de justicia, el debido proceso, el derecho de defensa y se produjo silencio administrativo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Quindío accedió a las súplicas de la demanda, al estimar que en el caso controvertido era procedente el estudio pormenorizado de las pruebas presentadas que erróneamente no valoró la Administración para desvirtuar la adición de ingresos, por la diferencia entre las consignaciones bancarias y las ventas declaradas.

Consideró que el acervo probatorio presentado, y especialmente la prueba testimonial rendida en el proceso, eran suficientes para demostrar que estas consignaciones correspondían a canjes con terceros y no ingresos.

Reconoció costo por valor de $51.785.011 al estimar que según lo manifestado por la demanda con relación a las compras de café, no se cuestionaba el valor de los certificados expedidos por el demandante que aparecen corroborados con el cruce de información efectuado por la Administración con la Registraduría Nacional del Estado Civil, y que solo era procedente el rechazo de los expedidos a favor de personas identificadas con cédulas canceladas por muerte por $1.365.286, no expedidas $1.746.813 y doble cedulación por $190.765.

Procedió así mismo a reducir la sanción por inexactitud, para aplicarla únicamente sobre el valor de la diferencia entre el saldo a pagar $756.043 y el declarado por el contribuyente $41.443. Mantuvo la sanción por libros, pero nada dijo con relación a la sanción por devolución improcedente.

LA APELACION

La entidad demandada apela la sentencia del Tribunal, pero expresa su inconformidad por haber aceptado ésta los costos solicitados por el contribuyente, rechazando únicamente la suma de $3.302.864, con base en los mismos documentos elaborados por el contribuyente y los certificados de compras por éste allegados, sobre los cuales verificó que con un mismo número de serie figuran varios certificados con diferentes nombres y valores.

Considera que desvirtuada como esta la contabilidad del contribuyente, éste debió probar plenamente los costos solicitados, los que rechazó la Administración de acuerdo con el Artículo 650 del Estatuto Tributario que recogió el Artículo 5 del decreto 398 de 1983 debido al uso fraudulento de cédulas de personas fallecidas o inexistentes.

Alega que si el contribuyente no presentó pruebas que desvirtuaran que las operaciones con las personas fallecidas se efectuaron antes del deceso, debe aplicarse la norma y rechazar en consecuencia todos los costos solicitados y que por lo tanto el fallo de primera instancia no fue acertado. Pues de conformidad con el Artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, para obtener de todos los elementos aducidos un resultado homogéneo o único, por lo que no puede reconocerse validez de una parte de la prueba que conviene y desconocerse la parte que no conviene.

Pide se revoque la sentencia y se denieguen las súplicas de la demanda.

OPOSICION

El apoderado judicial de la actora no descorrió el traslado, no presentó oposición a los argumentos expuestos por la apoderada de la Nación, ni alegó de conclusión.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Sexto Delegado en lo Contencioso ante la Jurisdicción, considera que la sentencia apelada merece ser confirmada porque la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia, bajo el argumento de que la inspección contable es el único medio probatorio que permite conocer el manejo dado por los contribuyentes a su actividad comercial, omitió examinar y valorar los documentos allegados al proceso dentro del trámite administrativo, comportamiento que vulnera los Artículos 742, 744 y 786 del Estatuto Tributario, e indirectamente el Artículo 26 de la Constitución Nacional, toda vez que de hecho le restringe al particular el derecho que tiene a probar sus pretensiones por los medios legalmente hábiles consagrados en el Código de Procedimiento Civil.

Estima con relación a los costos, que si la Administración acepta la autenticidad de los certificados expedidos por el señor "ARBOLEDA OCAMPO (sic) a las personas a quienes compró café, y que la identificación sobre la identidad de los terceros, según certificado expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, coincide con las respectivas cédulas vigentes registradas en dicha oficina, dichas certificaciones constituyen documentos externos aportados en la etapa de fiscalización y discusión del impuesto, cuya idoneidad probatoria contribuye a demostrar la realidad de los costos.

En cuanto se relaciona con la adición de ingresos, dice que la pruebas rendidas en el proceso corroboran lo dicho por el demandante y que por otra parte el método empleado por la administración para demostrar la presunta omisión de ingresos, jurisprudencialmente no tiene aceptación, por cuanto no prueba plenamente que esos depósitos constituyan mayores ingresos a los cuales pueda imponérseles el tributo, invocando el Artículo 15 del decreto 2053 de 1974.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La entidad demandada cuestiona la sentencia de primera instancia en cuanto admite las pruebas presentadas por el contribuyente para aceptar los costos rechazados por la Administración, la no inclusión de ingresos y la sanción por inexactitud, omitiendo lo relacionado con la sanción del 500% sobre la devolución improcedente.

Para determinar los ingresos la Administración de Impuestos Nacionales, efectuada la visita contable al contribuyente, al analizar los libros, tomó como ingresos constitutivos de renta el monto de las consignaciones efectuadas en los Bancos Bogotá y Cafetero y los adicionó a la renta declarada por él.

Es decir, utilizó el llamado "Método Bancario" cuya utilización reiteradamente ha sido censurada por esta Corporación desde el año de 1984, porque si bien es cierto que la Ley autoriza a la Administración de Impuestos para realizar todas las investigaciones tendientes a la fiscalización y determinación del tributo, y para el efecto puede utilizar métodos directos e indirectos, tal facultad queda limitada por la norma que señala que:

> "La determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan probados en el respectivo expediente, por los medios de pruebas señalados en las Leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto sean compatibles con aquellos". (Subraya la Sala).

No puede de la simple existencia de unas consignaciones en cuenta corriente inferirse válidamente que constituyen ingreso, porque tal consecuencia no la permite la Ley.

Si bien los depósitos pueden constituir un indicio de un mayor ingreso, tal hecho no es suficiente ni puede tomarse como plena prueba del ingreso, menos aún cuando el mismo contribuyente repetidamente informa que no tienen dicho atributo, por corresponder a consignaciones de cheques por canje de dinero que no constituyen un enriquecimiento, que es lo que les imprime el carácter de renta.

Por otra parte tampoco puede la Administración desconocer el sistema ordinario de depuración de los ingresos establecido en el Artículo 15 del decreto 2053 de 1974, para tomar como ingreso fiscal "susceptible de gravamen", el valor de las sumas consignadas por conceptos que ni siguiera la Administración investigó a través de los giradores de los títulos valores consignados, con cruces de terceros.

El simple hecho de las consignaciones bancarias, solo permite deducir que a una cuenta corriente han ingresado valores, pero no autoriza para deducir la naturaleza de las sumas consignadas, ni el concepto de las mismas.

Precisamente por no poder inferirse de ellas que sean constitutivas de mayor ingreso, y atendiendo a la incertidumbre y limitación al derecho de defensa, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 5 de mayo de 1988, declaró inconstitucional el Artículo 78 del decreto 2503 de 1987 que pretendió convertir en indicio grave de ingreso gravable, las consignaciones, depósitos y en general abonos en cuenta corriente o de ahorros al considerar que:

> "La inversión injusta de la carga de la prueba es manifiesta en el proceso sometido a examen de la Corte, mientras no se pueda tener como "indicio grave" tal o cual movimiento bancario, el Estado debe probar que las consignaciones o depósitos, corresponden verdaderamente a ingresos gravables. Pero una vez que una norma legal los tiene por tales, anticipa la demostración de omisión de ingresos y el contribuyente debe evidenciar lo contrario".

En consecuencia, si bien es cierto que las consignaciones constituyen un principio de partida para la investigación tributaria, con el fín de que complementada con las pruebas consagradas por la Ley permitan a la Administración probar que dichas consignaciones si son ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio del contribuyente, ni son parte de la prueba misma, no constituyen conclusión del hecho.

De otra parte, si bien es cierto que no llevar los libros de contabilidad como lo exige la Ley, es un hecho irregular que constituye indicio en contra del contribuyente, como lo precisa la apoderada judicial de la Nación, tal hecho en primer lugar no constituye un indicio necesario que sumado a los depósitos bancarios, permita inferir que por dicha circunstancia puede plenamente probado el carácter de ingresos fiscal de las consignaciones en entidades financieras o bancarias.

Desestimado por improcedente el sistema utilizado en el sub-lite, la sentencia del Juez de primera instancia que admitió la improcedencia de la adición, aunque fundándose en la prueba testimonial, habrá de confirmarse.

Costos aceptados

Si bien puede ser cierto que el contribuyente no llevaba la contabilidad en forma regular, pues la Administración encontró que no estaba debidamente soportada con comprobantes internos y externos, no por ello puede negársele el derecho a probar los costos, ni puede establecerse que los ingresos carecen de costo o que constituyen renta gravable porque tales inferencias no las establece la Ley.

Ahora bien si la administración estimó que el costo informado por el contribuyente no era real o estaba en imposibilidad de determinarlo mediante pruebas directas como las declaraciones, libros de contabilidad, etc., para guardar la justicia tributaria, ha debido aplicar los sistemas que para casos como el que nos ocupa prevé la Ley y determinarle costos presuntos conforme con lo señalado por el Artículo 31 del decreto 2053 de 1974 (hoy art. 82 del Estatuto Tributario).

Para el no haberlo hecho así, y al no haberlo solicitado el contribuyentes, es preciso acceder a) reconocimiento de los declarados por la actora excluyendo obviamente los de aquellos beneficiarios de pagos que fueron indebidamente identificados toda vez que de acuerdo con el Artículo 59 del decreto 3803 de 1982:

> "Los contribuyentes que no suministren en su declaración tributaria la identificación de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos, en los términos exigidos por la Ley, incurrían en el desconocimiento de los respectivos costos, deducciones, pasivos y descuentos y en una sanción del uno por ciento (1%), en el caso de pasivos y créditos, y el dos por ciento (2%), en los demás casos; que se calculará tomando como base la suma respecto de la cual no se suministró la información exigida. Esta última sanción se aplicará sin perjuicio de que el contribuyente subsane tales omisiones.

"Para efectos de la posterior aceptación de los correspondientes costos, deducciones, pasivos o descuentos, el contribuyente o responsable deberá probar plenamente que tiene derecho a la aceptación del valor que hubiere sido objetado o rechazado".

Pues no puede pretenderse que el beneficiario del pago está identificado para efectos tributarios cuando el número del documento de identidad que se suministra a la Administración: no corresponde al nombre, no existe o no ha sido expedido, eventos estos que necesariamente exigen que para la procedencia del reconocimiento fiscal del costo, éste debe ser plenamente probado sin perjuicio de la aplicación al Artículo 5 del decreto 298 de 1983.

Entonces, si el requerimiento especial (fls. 113 a 115 del cuaderno de antecedentes), cuestiona los pagos por los anteriores motivos y razón de que el listado suministrado por la Registraduría señala que las cédulas Nos. 4.364.951, 4.361.947, 299.544, 573.384, 1.249.582, 4.375.347, 1.318.184, 2.385.970, 2.632.566, 4.365.960 fueron canceladas por fallecimiento de su titular, algunos de ellos desde 1971, que las números 2.251.921, 3.556.109, 14.291.585, 4.593.799, 3.415.289, 2.777.299, 14.861.740, 6.312.369, 6.425.831, 6.537.421, 26.18.187 y 44.465.239 no habían sido aún expedidas y que los costos denunciados y glosados por la Administración deben rechazarse al no estar plenamente probados según exigencia del Artículo 59 de decreto 3803 de 1982, transcrito.

Lo mismo ocurre con aquellas cédulas que corresponden a personas distintas de los beneficiarios, pues tampoco con relación a ellos se cumplió el requisito de la identificación, hecho que se corrobora con la convocatoria efectuada por el contribuyente el 1 de septiembre de 1989 a los supuestos beneficiarios con el fín de cumplir el requisito. Sin que sea admisible la afirmación de éste en el sentido de que estaba relevado del requisito sobre información del número de identificación tributaria por estar asentadas dichas partidas en los libros, porque éstos, según lo señala el dictamen pericial practicado por el *a-quo* a solicitud de la parte actora que reúnen los requisitos exigidos por la Ley para tomarlos como pruebas.

En este orden de ideas deben rechazarse los costos por $13.231.737 que glosó la Administración, por falta de pruebas.

Procede en consecuencia la revocación de los numerales 2 y 3 de la sentencia de primera instancia para practicar una nueva liquidación, teniendo en cuenta además, que no puede imputarse el total de las retenciones en la fuente solicitadas en la declaración tributaria por haber sido parcialmente objeto de devolución, según se señala en la misma demanda, página 3, acápite hechos de la demanda numeral 4.

La liquidación quedará así:

CONCEPTO	BASE	IMPUESTO L.75/86
Patrimonio		
El líquido gravable determinado en la sentencia de primaria instancia no varía	$3.426.327	$ 21.893

Renta		
Ingresos declarados por el contribuyente	$55.892.567	
Menos ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional	$23.524	
Menos costos y deducciones así:		
Los solicitados por el contribuyente	$54.233.589	
Menos costos que no se aceptan debido a la falta de identificación del beneficiario y no probados	$13.231.737	$41.001.852
Renta líquida gravable	$14.567.191	$3.956.807
Subtotal	$14.567.191	$3.978.700
Más		
Sanción por libros. La inicialmente impuesta no varía	$538.425	
Inexactitud: impuesto atribuible Impuesto determinado	$3.956.807	
Menos liquidado por el contribuyente	$41.443	
160% Sobre	$3.915.364	$6.264.582
TOTAL A CARGO		**$10.781.707**

Valor sobre el cual la Administración de impuestos efectuará las aplicaciones de retención en fuente a que haya lugar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. REVOCASE los numerales 2 y 3 de sentencia apelada.

2. En su lugar FIJASE en la suma de DIEZ MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y UN MIL SETECIENTOS PESOS ($10.781.707) el valor total del impuesto de renta, complementarios y sanciones que por el año gravable de 1986, corresponde pagar al contribuyente JOSE ANIBAL ARBELAEZ OCAMPO, C.C. 1.242.082 de Armenia, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3. RECONOCESE a la doctora María Cristina Ramírez Londoño como apoderada de la entidad demandada a términos del poder que obra a folio 192 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Los consejeros:

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

El impuesto a los juegos electrónicos no es el mismo que se cobra sobre el valor de boletas o tiquetes o sobre los premios, sino por cada máquina a través de la cual se realiza el juego y que en consecuencia es diferente del que están autorizados los Municipios para reglamentar de conformidad con lo establecido en el decreto 1333 de 1986. En consecuencia no puede aceptarse que se trata del impuesto de industria y comercio, ni del impuesto de casinos, ni del impuesto de juegos permitidos. El hecho de no existir reglamentación legal que autorice al Concejo Municipal para la expedición del Decreto demandado supone la violación manifiesta de la norma constitucional que supedita el poder impositivo de los entes municipales a los términos de la Ley, y ello es suficiente para decretar la suspensión provisional. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del aparte 10o. del Decreto 014 de 1989 de la Alcaldía de Monteria.

REF.: Expediente No. 4557. Actor: Oscar Klee. Apelación del Auto de 19 de octubre de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba. Auto. Santafé de Bogotá D.C. once de diciembre de mil novecientos noventa y dos

Decide la Sala sobre el recurso de apelación formulado por la parte actora contra el auto del 19 de octubre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante el cual se dispuso admitir la demanda incoada contra apartes del Artículo 10 del decreto Municipal No. 014 de enero de 1989, expedido por la Alcaldía de Montería, y se negó la suspensión provisional solicitada.

La apelación se refiere a la negativa del Tribunal a decretar la suspensión provisional y se fundamenta en que al haber expedido el Alcalde Municipal de Montería el Decreto Demandado, estableció un impuesto nuevo y diferente sin autorización de la Ley, con lo cual violó las disposiciones constitucionales que exigen que las contribu-

ciones y gastos locales sean votados en conformidad con la Constitución, la Ley y las ordenanzas. Dice el apelante que se vulneró el ordenamiento constitucional, tanto el de la anterior Constitución, como el de la presente que es similar, pues no existe norma legal alguna que le dé al Concejo Municipal ni al Alcalde de Montería atribuciones para fijar en dicha norma, el decreto 014 de 1989, el impuesto que consagró en su Artículo 10 para las máquinas de juegos electrónicos.

Aduce el apelante en favor de su solicitud de revocación del auto apelado, abundante jurisprudencia del Consejo de Estado en casos que considera similares, en los cuales se decretó la medida precautelativa bien por el Tribunal a-quo al admitir la demanda, ora por el Consejo de Estado al resolver sobre apelaciones contra autos que la denegaron.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal Administrativo de Córdoba, para efectos de fundamentar su decisión negativa al otorgamiento de la suspensión provisional argumentó que:

> "Para ser procedente la medida cautelar solicitada, se requiere que la violación aludida surja a primer golpe de vista al confrontar la disposición violatoria con el precepto violado, y la Corporación no encuentra que se dé tal requisito al realizar tal confrontación, pues si bien la norma constitucional invocada expresa un mandato, para concretarse la violación de él, en cada caso, ésta debe darse frente a la respectiva Ley reglamentaria que no ha sido citada ni invocada como violada. El mandato genérico constitucional que como tal, no pasa de ser un enunciado teórico requiere de las Leyes para su aplicación práctica." (folio 58).

La Sala al estudiar los argumentos de la apelación y los fundamentos de derecho indicados por el demandante como base de su solicitud de suspensión provisional, encuentra que en efecto, la única violación manifiesta que se le endilga a la norma acusada es la que hace referencia al Artículo 197 numeral 2 de la Constitución de 1886, pero se expresa que dicha violación también se dá frente al numeral 4 del Artículo 313 de la Carta votada en 1991. La demanda en el acápite de normas violadas y concepto de la violación también cita como vulneradas las disposiciones del numeral 2 del Artículo 197 y de los numerales 3 y 4 del Artículo 313 de las Constituciones de 1885 y 1991, respectivamente. Afirma el demandante en su solicitud de suspensión provisional que no existe norma legal que permita al Municipio gravar las máquinas electrónicas y que hacerlo aduciendo que se reglamente el impuesto a los juegos permitidos implica que se crea un impuesto diferente para cuya regulación no tienen competencia ni el Concejo ni el Alcalde Municipal.

La Sala, efectivamente ha dicho reiterativa y abundantemente, en casos similares, como argumento para decretar la suspensión provisional, que éste tipo de impuestos a los juegos electrónicos, no es el mismo que se cobra sobre el valor de

boletas o tiquetes o sobre los premios, sino por cada máquina a través de la cual se realiza el juego y que en consecuencia es diferente del que están autorizados los Municipios para reglamentar de conformidad con lo establecido en el decreto 1333 de 1986. En consecuencia no puede aceptarse que se trata del impuesto de industria y comercio, ni del impuesto de casinos, ni del impuesto de juegos permitidos, los cuales si son de creación legal y su reglamentación se difiere a los Municipios, por lo que tendrá que aceptarse el argumento del demandante de que no existiendo regulación legal, el Alcalde de Montería habría violado manifiestamente el Artículo 197 numeral 2 de la Carta Política de 1886.

Para la Sala no resulta irrelevante la afirmación del demandante en el sentido de que no existe reglamentación legal que autorice al Concejo Municipal o al Alcalde para la expedición del decreto demandado por cuanto tal afirmación tiene el carácter de un hecho negativo indefinido que de no ser desvirtuado con la existencia de una Ley que contenga tal autorización, supone necesariamente la violación manifiesta de la norma constitucional que supedita el poder impositivo de los entes municipales a los términos de la Ley, y ello es suficiente para decretar la suspensión provisional solicitada.

Lo anterior es bastante para determinar que se presenta y es claramente apreciable, un violación manifiesta de norma superior y por tanto habrá de revocarse el proveído del Tribunal *a-quo* para en su lugar decretar la suspensión provisional impetrada.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE

Revocar el numeral 6 del auto apelado y en su lugar disponer la suspensión provisional del aparte del Artículo 10 del decreto 014 de 1989 de la Alcaldía de Montería que reza: "Juegos electrónicos de pensar: Siete mil pesos ($7.000.00) moneda corriente por unidad los situados en zona urbana. Quince mil pesos ($15.000.00) moneda corriente los que funcionan en la zona rural por mensualidades".

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Los consejeros:

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta de la Sala, *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,*

Jorge A. Torrado, Secretario.

CONTROL DE PRECIOS/PRODUCTOR NACIONAL/RENTA PRESUNTIVA

No se ha probado, ni de hecho existen, regulaciones legales o administrativas de control de precios sobre las partes automotores y el precio de comercialización de vehículos automotores ensamblados en el país apenas se halla sujeto a un régimen de "libertad vigilada" por el Ministerio de Desarrollo. Lo cual significa que los productores nacionales de autopartes no se subordinan directamente a control alguno de precios, pero si lo estuvieran "indirectamente" como proveedores exclusivos de la ensambladora, participar proporcionalmente del reajuste autorizado a éstos, sin lugar a restringir su productividad por razones distintas de las fuerzas imperantes del mercado, que no es factor que prevea expresamente la ley para una reducción de la base de renta presunta.

DEVALUACION MONETARIA / FUERZA MAYOR-Inexistencia

La devaluación monetaria por tratarse de un fenómeno cíclico recurrente de la economía colombiana desde hace muchos años, nada tiene de emergente o repentino y, por tanto, si bien se puede entender como hecho "irresistible" en cuanto proviene de ciertos ajustes de la política económica trazada por el gobierno, no puede tenérselo por "imprevisible" ni de suyo, como hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, en términos del artículo 1o. de la Ley 95 de 1980. De hecho la devaluación aún la no contemplada como elemento estratégico, podría tener efecto favorable en la situación de balanza comercial, si la relativa flexibilidad de la economía del país devaluante hace posible el aumento de la oferta de bienes para la exportación con sucedáneos para las importaciones, situación que cabrá preveer a nivel de la empresa privada.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta.
Santafé de Bogotá D.C. Diciembre once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS

Ref. Radicación 4347. Apelación sentencia de Julio 3 de 1992, del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto a la renta por el año gravable de 1984. Actor: Metalmecánica Colombiana Ltda. METALCOL LTDA. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpone METALMECANICA COLOMBIANA LTDA., "METALCOL", la actora, contra la sentencia de 3 de Julio de 1992, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento fiscal promovido respecto de la liquidación de revisi#00074 de 14 de Octubre de 1988, expedidas por las unidades de liquidaciy recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá por las que se determinó el impuesto de renta del período impositivo de 1984 y se decidió el recurso existente.

ANTEDECENTES

Previo requerimiento, la liquidación acusada determinó la renta líquida por presunción con base en ingresos netos del ejercicio, habiéndose desestimado la reducción de éstos, planteada por la sociedad requerida con apoyo en circunstancias económicas y de control de precios que habrían afectado los resultados financieros, considerándose que tales circunstancias no se habían demostrado y que, en materia de control de precios, lo sujeto al régimen de libertad vigilada eran los precios de los vehículos automotores ensamblados en el país y no las ventas de autopartes. Se previno, igualmente, para el caso de que se desvirtuara la renta presuntiva, sobre el eventual rechazo de costos y deducciones por $443.000, no comprobados. El acto fue confirmado íntegramente en la vía gubernativa, por razones similares, que enfatizaron, en particular, sobre el contenido y vigencia de la resolución #086 de 1984, de la Junta Monetaria, en materia del plazo para el pago de créditos en el exterior, aducida como acto de autoridad incidente en una rentabilidad menor.

LA DEMANDA:

Señala como violados los artículos 15 de la ley 9a. de 1983 y 1e la ley 95 de 1890.

Explica, que la devaluación del peso colombiano opera en el contexto de una política económica prefijada por el Gobierno, y que, por virtud de esta realidad, se allegaron al proceso gubernativo las providencias de la Junta Monetaria, "no tanto

para demostrar la imposibilidad en que se encontraban los contribuyentes, por razón de esta política, para pagar sus obligaciones en el exterior, sino para demostrar cómo es competencia del Gobierno dirigir e implementar, como dirían los economistas, la política monetaria del país, donde lo que importaría sería al proceso sería la incidencia de la devaluación monetaria en la determinación de los costos y gastos de la empresa y en el resultado o renta gravable, y no tanto las restricciones fijadas para el pago de obligaciones en el exterior.

Dice "público notorio" el hecho de que, desde la expedición del Estatuto de capitales, los gobiernos hubieran devaluado el peso "por el sistema de gota a gota", unos limitando la caída de ésta, otros comentándola notoriamente y otros acelerándola, generalmente, con el fin de mantener el peso acorde con la inflación interna, encarecer el producto externo para hacerlo competitivo con el nacional, e incentivar las exportaciones.

Así la devaluación del peso sería un acto de autoridad irresistible para el productor o el comerciante, contra el que solo se podría acudir al incremento de los precios de venta, para superar el costo generado por la depreciación del peso, pero dentro de ciertos límites que deben consultar la capacidad adquisitiva del consumidor, que se incrementa a la tasa de inflación interna, en porcentaje semejante al de la devaluación del peso, concluyéndose que la diferencia de cambio por la importación de productos y materias primas, en monedas duras, incide en la renta gravable del importador o comerciante y en los precios al consumidor, como gravamen indirecto, especialmente de los vehículos automotores, de adquisición asequible solo a determinadas capas sociales, que genera una reducción en las ventas de tales bienes y, consecuencialmente, de los resultados financieros y renta líquida de dicho importador o comerciante, frente a los que debió producir según su capacidad instalada o patrimonio líquido.

Conforme al artículo 1e la ley 95 de 1890, la política de devaluación constituiría pues, un acto de autoridad al que no sería posible resistir, por la obediencia que se impondría a los administrados y la necesidad en que se hallarían éstos de atender gastos pagaderos en el exterior, en divisas extranjeras, cuya diferencia de cambio daría lugar a una renta líquida inferior a la presuntiva, caso específico de METALCOL, LTDA. cuya renta gravable, por 1984, escondió $5.388.489, porque dedujo como gasto una diferencia de cambio de $147.569.888, renta que, de no haberse devaluado el peso en el período, hubiera sido de $152.958.377.

Deducida la diferencia de cambio dicha, de un acto de autoridad irresistible, se daría el evento de la fuerza mayor que, de conformidad con el artículo 15, inciso 4, de la ley 9a. de 1983, desvirtuaría la renta presuntiva y justificaría la renta gravable declarada por la sociedad por 1984.

Niega, según lo aprobado, que METALCOL, LTDA., vendiera sus productos a ensambladoras del país diferentes a SOFASA, de modo que por encontrarse sujeta la producción de éste al régimen de control de precios, solo admitió el reajuste de los

productos de aquélla, en la medida de los reajustes autorizados por el gobierno para los vehículos automotores ensamblados en el país reafirmándose el aserto de que, a más del control de precios sufrido indirectamente por METALCOL, LTDA. la diferencia de cambio habría ocasionado la rentabilidad para ésta, por debajo de la presumida, eventos de fuerza mayor que los funcionarios impositivos no podrían ignorar, "con el simplismo de que lo que la ley controla es el precio de los vehículos automotores y no el precio de sus partes, como si en Colombia o en cualquier país de la tierra se pudiera fabricar un vehículo automotor sin las partes que lo estructuran....".

LA SENTENCIA APELADA:

Sostiene, en síntesis, que los conceptos de violación expuestos en la demanda, no desvirtúan los motivos aducidos en los actos impugnados, ni aportan otros elementos de juicio que mejoren la prueba aportada en la vía gubernativa, subsistiendo los planteamientos esenciales que motivaron tales actos, toda vez que:

"a) La diferencia en cambio y, por ende, su fuerza mayor pretende establecerla el accionante del contenido de la resolución 086 de la Junta Monetaria, la cual tiene una vigencia a partir de Noviembre de 1984, lo cual carece de eficacia frente a créditos obtenidos en 1983 y 1984 bajo la vigencia de otras disposiciones con diferentes sistemas de pago.

"b) El control de precios que aduce el contribuyente, no recae sobre su actividad económica, sino sobre las de las ensambladoras de automóviles y por ende no puede serle aceptado como motivo de fuerza mayor que desvirtúa la renta presuntiva....".

Sobre lo dispuesto por el artículo 15, inciso 4 de la ley 9a. de 1983 invocado, anota que es, precisamente, la falta de demostración de hechos de fuerza mayor o caso fortuito, como lo destacara en la instancia el Ministerio Público, lo que hace concluir que los actos administrativos demandados conservan la presunción de legalidad de que están investidos.

EL RECURSO DE APELACION:

Rechaza que la devaluación del peso colombiano, según el criterio del *a quo*, sea un hecho que deba demostrarse, por resultar esto contrario a lo dispuesto por el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil ("los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, no requieran prueba").

"Amplia" lo expresado en la demanda, en el sentido de que dicha devaluación constituiría hecho de fuerza mayor, restrictivo de la capacidad adquisitiva del consumidor y consecuencialmente de los ingresos del productor en el mercado nacional y de su renta líquida inferior a la presumida. En el punto, la doctrina y la jurisprudencia habrían establecido diferencias entre la fuerza mayor y el caso fortuito, como la pre-

cisada en la sentencia de la Corte, de 27 de Febrero de 1974, de ser aquélla, además hecho "fatal, irresistible e incontrolable, hasta el punto de que lo (sic) obligado no puede evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias", tesis que consultaría el derecho moderno y los avances científicos que permitirían predecir "la ocurrencia de terremotos, huracanes, inundaciones, erosiones (sic) volcánicas, etc.", predicciones que, sin embargo, no quitarían a tales fenómenos el carácter de hechos de fuerza mayor, por no ser superables aún; la jurisprudencia citada, reafirmaría lo dicho por la misma Corporación en su sentencia de 7 de Marzo de 1939, sobre "diferencias entre la fuerza mayor y el caso fortuito", donde la primera designaría"el obstáculo a la ejecución de una obligación como resultado de una fuerza extraña, y el segundo, "el obstáculo interno, es decir, el que proviene de las condiciones mismas de la conducta del deudor, del accidente material, de la falta de un empleado, etc.", por lo que en éste habría"imposibilidad relativa de la ejecución y en aquélla, "imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo insuperable".

La devaluación alegada, originada por una fuerza extraña al contribuyente, que escaparía a su control, tendría el carácter de fatal, irresistible, insuperable e incontrastable para el mismo, por provenir de acto de autoridad que provoca recesión económica, según la experiencia de años anteriores y como lo habría reconocido el Ministerio de Desarrollo, el año pasado, cuando dijo que la devaluación incrementaba los costos de producción y el precio de los productos y que la misma producía fatalmente recesión al disminuir la capacidad de compra del consumidor.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Dice la demanda que el supuesto de la devaluación de la moneda, con incidencia en los costos y la rentabilidad, no enmarca en la noción que de la fuerza mayor se da en "la ley 95 de 1980 (sic)", si, como lo habría definido la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 31 de Agosto de 1992, los elementos de aquélla no son concurrentes, como cuando el hecho es "imprevisible", pero "resistible", o inversamente, principios recogidos desde la sentencia de casación de 20 de noviembre de 1973, cuando se expresó que la fuerza mayor, equiparable al caso fortuito, tenía lugar cuando el suceso era, simultáneamente, "imprevisible e irresistible!", esto es, que por su naturaleza no existiera, razonablemente, fundamento para esperar que el mismo ocurriera, por rebasar su acaecimiento toda previsión humana, que generara la imposibilidad del cumplimiento de la obligación no la simple dificultad de ello, por grande que fuera la dificultad.

El hecho esgrimido sería perfectamente previsible, "más aún cuando en nuestro país vivimos en una constante economía inflacionaria, circunstancia que es ampliamente conocida por todos los asociados, no siendo irresistible, ni súbita, y mucho menos imprevisible....".

Concluye, que las pretensiones de la demandante son inválidas, por no ser la devaluación alegada constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito, y por no haberse demostrado fehacientemente la concurrencia de tales hechos, como incidentes en la determinacide una renta líquida inferior.

La demandante, a su turno, manifiesta adicionar su recurso, mediante la inclusión del reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia expuesto en diversos fallos, respecto de la configuración de la fuerza mayor y el caso fortuito y las diferencias entre estos conceptos, lo que en efecto hace.

Por último, el señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación se pronuncia por la confirmación del fallo recurrido, fundamentalmente, en consideración a que, conforme al artículo 1o. de la ley 95 de 1890, para que un determinado hecho se pueda entender como constitutivo de fuerza mayor, se requeriría no solamente que el mismo fuera "irresistible", sino además "imprevisible", caracteres que no se predicarían de la devaluación y sus consecuencias, como la diferencia de cambio, por ser fenómenos económicos o monetarios "absolutamente previsibles, sobre todo en medios como el nuestro....".

Y que si bien los incisos 4 y 5, numeral 2o. del artículo 15 de la ley 9a. de 1983, señalan que la renta presuntiva se reduce también proporcionalmente, "cuando la actividad económica del contribuyente se encuentra afectada por disposiciones legales o administrativas relativas a control de precios", lo cierto es que la demandante omitió indicar cuáles eran estas disposiciones en relación con sus actividades, limitándose a afirmar que el control había sido ejercido por SOFASA, hecho que, aún de ser cierto, no desvirtuaría la renta presuntiva, por no ser la sociedad citada "un organismo administrativo encargado de expedir actos administrativos de alcance general en materia de control de precios.....".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el asunto objeto de la discusión no se han probado, ni de hecho existen, regulaciones legales o administrativas de control de precios sobre las partes automotores y el precio de comercialización de vehículos automotores ensamblados en el país apenas si se halla sujeto a un régimen de "libertad vigilada", como bien lo resalta la Administración conforme a los presupuestos de la resolución #647 de 7 de Septiembre de 1983, del Ministerio de Desarrollo Económico, que obra en el primer cuaderno de antecedentes, que no impide el reajuste periódico del mismo, si, entre otros documentos, la empresa ensambladora acompaña a su solicitud, un "estudio de costos unitarios", "copia de los manifiestos de aduana y registros de importación(...) para todas las partes importadasy "relación de precios y cantidades de las partes y piezas de producción nacional para cada uno de los vehículos, con indicación de los proveedores principales y su dirección, lo cual significa que los productores nacionales de autopartes no se subordinan directamente a control alguno de precios, pero que si lo estuvieran "indirectamente", como proveedores exclusivos de la ensambladora, participarían proporcionalmente del reajuste autorizado a éstos, sin lugar a restringir su productividad por razones distintas de las fuerzas imperantes del mercado, que no es factor que prevea expresamente la ley para una reducción de la base de renta presunta (subrayas fuera del texto de la resolución citada).

Por lo que hace a la devaluación monetaria, tratándose de un fenómeno cíclico recurrente de la economía colombiana desde hace muchos años, como acertadamente lo advierten la señora apoderada de la parte demandada y la Procuraduría Delegada, nada tiene de emergente o repentino y, por tanto, si bien se puede entender como hecho "irresistible", en cuanto proviene de ciertos ajustes de la política económica trazada por el gobierno, no puede tenérselo por "imprevisible" ni, de suyo, como hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, en términos del artículo 1o. de la ley 95 de 1890.

De hecho, la devaluación aún la no contemplada como elemento estratégico, podría tener efecto favorable en la situación de balanza comercial, si la relativa flexibilidad de la economía del país devaluante hace posible el aumento de la oferta de bienes para la exportación con sucedáneos para las importaciones, situación que cabría prever, asímismo, a nivel de la empresa privada, que, como se anotó antes, debe disponer de suficientes alternativas de producción y comercialización y de control efectivo de su endeudamiento, principalmente externo, como medio de precaverse contra el permanente envilecimiento de la moneda.

No está llamado a prosperar el recurso de la demandante.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

La Doctora MARIA CRISTINA RAMIREZ LONDOÑO tiene personería para obrar en nombre de la parte demandada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente de la Sección, *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SECCION QUINTA

JURISDICCION COACTIVA/TITULO EJECUTIVO

El término de prescripción de cinco años, previsto en los artículos 95 del Acuerdo 21 de 1983 y 66 del C.C.A., empezó a correr a favor del demandado, a partir del día siguiente al 9 de septiembre de 1991, es decir, que de esta fecha al 11 de octubre del mismo año en la que se notificó el auto de mandamiento de pago al deudor, sólo había transcurrido un tiempo mínimo, un mes y dos días o sea, que apenas se iniciaba el término de prescripción, razón por la que la excepción en este sentido propuesta no prosperará.

De acuerdo a lo previsto en el numeral 2o. del artículo 509 del C. de P. C., norma aplicable a los juicios por Jurisdicción Coactiva por remisión expresa del artículo 252 del C. C. A.: "Cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o en laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de pago..., siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia..."

Del examen que hace la sala los aspectos fácticos alegados por el apoderado de la sociedad demandada, en apoyo de la excepción objeto de estudio, encuentra, que ellos tuvieron ocurrencia en época anterior a la expedición de los actos administrativos que dieron origen al mandamiento ejecutivo de pago, sin que se alegue pago posterior a la ejecutoria y exigibilidad de dichos actos, no siendo entonces atendibles y válidos esos antelados hechos, como argumento de la excepción propuesta, la que, inicialmente se advirtió no tiene vocación de prosperidad.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., octubre primero (1) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejia*

Referencia: Expediente No. 0207. JURISDICCION COACTIVA. Partes: D.C. SANTAFE DE BOGOTA - C/UNICAR LTDA

Se decide mediante este proveído el incidente de excepciones de mérito propuesto por el apoderado de la sociedad demandada en el expediente de la referencia.

ANTECEDENTES

El Juzgado quinto Distrital de Ejecuciones Fiscales, en auto fechado el 30 de septiembre de 1991 (fl. 349), libro mandamiento ejecutivo de pago contra la sociedad UNICAR LTDA, por la suma de cuarenta y seis millones seiscientos sesenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y dos pesos ($ 46.667.452.00) moneda corriente, por concepto de "la mora en el pago de impuestos de Industria y Comercio y Avisos y liquidaciones oficiales si las hubiere, más los intereses que se causaren hasta la cancelación de la obligación".

Sirvieron de Título ejecutivo las resoluciones Nos. 001363 del 19 de septiembre de 1990 (fls. 332-333), por la que la Tesorería de Bogotá, resolvió reconocer y ordenó pagar a favor del Distrito Especial de Bogotá la cantidad de treinta y cinco millones doscientos treinta y cuatro mil cuatrocientos dieciséis pesos (35.234.416.00) moneda corriente y la resolución No. 001017 del 30 de agosto de 1991 (fls. 4 a 12) mediante la cual, al resolver recurso de reposición se confirmó lo anterior.

Igualmente, las declaraciones privadas Nos. 53194 del 13 de agosto de 1980 (fl. 285), 081874 del 30 de abril de 1981 (fl. 293), 075048 del 23 de abril de 1982 (fl. 289), 078997 del 28 de junio de 1983 (fl. 288), 062730 del 3 de mayo de 1984 (fl. 274), 03008 del 25 de abril de 1985 (fl. 278), 031094 del 5 de mayo de 1986 (fl. 276), 028180 del 30 de abril de 1987 (fl. 280), 017800 swl 5 sw mYO SW 1988 (fl. 283), 0014583 del 10 de mayo de 1989 (fl. 282) y 04557 del 2 de mayo de 1990, correspondientes a los años gravables 1979-01 a 1989-12.

El apoderado de la sociedad ejecutada, en diligencia de fecha 11 de octubre de 1991 (fl. 358), se notificó personalmente de la orden de pago y dentro del término indicado en el artículo 509 del C. de P. C., presentó escrito proponiendo las excepciones de prescripción y pago (fls. 364 - 371).

EXCEPCION DE PRESCRIPCION

Se fundamenta en los artículos 95 y 96 del acuerdo 21 de 1983 expedido por el Concejo de Santafé de Bogotá, D.C. El primero indica que la acción para exigir el pago del tributo prescribe en cinco (5) años, contados a partir de su exigibilidad y comprende las sanciones que se determinen conjuntamente con aquél y extinguen el derecho a los intereses. El segundo regula la interrupción de esta prescripción, señalando los casos en que tiene ocurrencia.

Se aduce que al expedirse la resolución No. 001363 de fecha 19 de septiembre de 1990, reconociendo y ordenando paga a la sociedad demandada el valor de los impuestos que se le cobran en este proceso, al ser recurrida ésta en reposición, se interrumpió la prescripción desde la fecha del recurso, o sea, desde el 3 de octubre del mismo año, hasta el 9 de septiembre de 1991, fecha en que se surtió la ejecutoria de la resolución número 1017 que lo resolvió.

Agrega el excepcionante que para la fecha en que se presentó la reposición, habían transcurrido más de once (11) años contados desde el año gravable de 1979 cuando ocurrió la exigibilidad de la obligación.

EXCEPCION DE PAGO

Se afirma que la sociedad UNICAR LTDA, para cancelar el impuesto de Industria y Comercio y Avisos, por el año gravable de 1979, giró a favor de la Tesorería Distrital el cheque No. 0266342 por valor de dos millones ciento noventa y ocho mil doscientos sesenta pesos ($2.198.260.00) moneda corriente, contra el Banco Nacional, cheque que fue entregado en dicha oficina por el empleado HUGO LUCENCIO RAMIREZ, a quien se le expidió e recibo de pago No. 000993 de fecha agosto de 1990.

El cheque no fue descontado a favor de la Tesorería Distrital como era lo lógico, sino que fue consignado y pagado por el Banco de los Trabajadores a un particular, sumándose este hecho irregular, a otros de los que fueron victima de engaño varios contribuyentes.

Considera el excepcionante que la circunstancia mencionada, no tiene por que afectar el pago hecho con sujeción a la ley.

Aportó pruebas en razón de sus alegaciones, y al descorrer el traslado para alegar (fl. 554), reitera los argumentos en que apoya las excepciones e insiste en que se acepten con prueba los acuerdos Nos. 21 de 1983 y 11 de 1988 expedidos por el Concejo de Santafé de Bogotá, D.C., que por olvido no solicitó oportunamente.

CONSIDERACIONES

La Sala, ha tenido oportunidad de pronunciarse en varios procesos de ejecución por Jurisdicción Coactiva, sobre la excepción de "prescripción de la exigibilidad" consagradas en el artículo 95 del acuerdo No. 21 de 1983.

El criterio que al respecto ha expuesto la Corporación es reiterativo y tiene vigencia en sucesivas jurisprudencias producidas con relación a este modo de extinción de las obligaciones originadas en impuestos, cuando no se hace uso del derecho a accionar, dentro del término previsto tanto en el artículo 95 del citado acuerdo, como en el artículo 66 del C.C.A., con el cual guarda armonía, dado que éste consagra la misma figura prescriptiva en los procesos administrativos.

En efecto, ha dicho la Sala en su más reciente jurisprudencia que, tratándose de títulos ejecutivos contenidos en actos administrativos, éstos solo se hacen exigibles a partir de su ejecutoria.

Dicho proveído expresa:

> Respecto del caso de autos esa exigibilidad se dio una vez ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento de la obligación a cargo del contribuyente, así la obligación se hubiera causado con anterioridad por el ejercicio directo o indirecto de la actividad gravable (art. 1 del Acuerdo No. 21 aludido). La obligación tributaria no es exigible al momento de su causación, si no cuando queda en firme el acto administrativo de liquidación o reconocimiento, generando el titulo que puede servir de fundamento a la ejecución.
>
> (Sentencia de agosto 9 de 1991. Consejero Ponente Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ. Exp. 0049. Partes: D.C. SANTAFE DE BOGOTA C/EDITORIAL ITALGRAF S.A.).

En el caso sub-examine la Tesorería de Bogotá expidió la resolución No. 001363 del 19 de septiembre de 1990 (fls. 332-333), de reconocimiento de la deuda a cargo de la sociedad ejecutada; al ser recurrida en reposición fue confirmada por la resolución No. 001017 del 30 de agosto de 1991 (fls. 4 a 12), que según constancia visible en el reverso de su última hoja, quedo debidamente ejecutoriada el 9 de septiembre de 1991, siendo en esta misma fecha exigible la obligación.

Significa lo anterior, que el término de prescripción de cinco (5) años, previsto en los artículos 95 del acuerdo 21 de 1983 y 66 del C.C.A., empezó a correr en favor de UNICAR LTDA, a partir del día siguiente al 9 de septiembre de 1991, es decir, que de esta fecha al 11 de octubre del mismo año en la que se notifica el auto de mandamiento de pago al deudor, solo había transcurrido un tiempo mínimo, un mes y dos días, o sea, que apenas se iniciaba el término de prescripción, razón por la que la excepción en este sentido propuesta no prosperará.

Igual decisión se adoptará respecto a l excepción de pago porque de acuerdo a lo previsto en el numeral 2 del artículo 509 del C. de P.C., norma aplicable a los juicios por Jurisdicción Coactiva por remisión expresa del artículo 252 del C.C.A.: "cuando el titulo ejecutivo consista en una sentencia o un laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, solo podrán alegarse las excepciones de pago..., siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia..."

Del examen que hace la Sala de los aspectos fácticos alegados por el apoderado de la sociedad demandada, en apoyo de la excepción objeto de estudio, encuentra, que ellos tuvieron ocurrencia en época anterior a la expedición de los actos administrativos que dieron origen al mandamiento ejecutivo de pago, sin que se alegue pago posterior a la ejecutoria y exigibilidad de dichos actos, no siendo entonces atendibles y válidos esos antelados hechos, como argumento de la excepción propuesta, la que, como inicialmente se advirtió no tiene vocación de prosperidad.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO : Decláranse no probadas las excepciones de prescripción y pago propuestas por el apoderado de la sociedad demandada.

SEGUNDO : Ordénase seguir adelante la ejecución.

TERCERO : Liquídese el crédito y las costas conforme lo dispongo el artículo 521 del C. de P. C.

CUARTO : En firme esta providencia, vuelva el expediente a su oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Presidente, *Miren de La Lombana De Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

MAGISTRADO DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA/ ACTO DE ELECCION/ACTO DE CONFIRMACION/ACCION ELECTORAL/CADUCIDAD/ACTO COMPLEJO

A tenor del artículo 7o. de la Ley 14 de 1988 "... el término de caducidad de la acción se contará a partir de la fecha en la cual se confirme la designación o nombramiento", cuando tal confirmación sea necesaria. Pues bien, conforme al Decreto 250 de 1970, artículo 20, la confirmación es necesaria cuando en la rama jurisdiccional se produce nombramiento en propiedad en cargo para cuyo ejercicio se exijan determinados requisitos, confirmación sin la cual no se puede tomar posesión del cargo ni ejercerlo. Como en el caso en estudio el nombramiento se produjo para el cargo, de miembro del Consejo Superior de la Judicatura, para cuya posesión y ejercicio se requiere reunir requisitos especiales señalados en el artículo 255 de la Constitución Nacional, la confirmación era indispensable. Los actos de elección y de confirmación configuran un acto administrativo complejo, expedido por un concurso de voluntades y con la misma finalidad, de manera que la eficacia legal no puede darse independientemente en uno y otro acto. El acto confirmatorio no es posible sin el acto de elección, y éste carece de eficacia sin el segundo. Con otras palabras: sin elección no es posible la confirmación y sin ésta no produce efectos la elección porque el elegido no puede posesionarse del cargo, menos aún ejercerlo.

MAGISTRADO DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Requisitos/Ejercicio de profesiones/abogacía-Ejercicio profesional/Abogado litigante.

Tradicionalmente se ha entendido que el ejercicio de la profesión de abogado consiste en "... defender en juicio, por escrito o de palabra. Los derechos e intereses de los litigantes, también en dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales, que se le consulten" al abogado, según definición contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Es decir, que el ejercicio de la abogacía ha sido visto siempre como la prestación del servicio profesional del abogado a los "litigantes", es decir a las partes interesadas en los litigios sometidos a decisión de la administración de justicia. Indudablemente esta es una concepción reducida, por no decir estrecha, de la actividad propia de la profesión de abogado. Para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura es necesario ser abogado, como está dispuesto en los artículos 232 y 255 de la Constitución Nacional. Y de acuerdo con la ley para ser Magistrado del Tribunal y Juez de la República también es necesario ser abogado. Eso significa que la justicia en esos cargos no puede ser impartida por médicos, ingenieros, arquitectos, economistas, contadores, etc. Sin embargo, no existe, al menos en nuestro país, la profesión de magistrado o juez. Circunscribir el concepto de ejercicio de la profesión de abogado a la actividad de abogar o litigar, no se compadece con la realidad y así lo entendió la Corte Suprema de Justicia cuando declaró exequible el artículo 21 del Decreto 250 de 1970.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., octubre primero (1) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Ref. Expediente N° 0676. ACTOR: *Héctor Rodríguez Cruz*

Procede la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a proferir sentencia de única instancia en el proceso incoado en ejercicio de la acción pública electoral por el ciudadano Héctor Rodríguez Cruz para obtener la nulidad de los actos por medio de los cuales la H. Corte Suprema de Justicia eligió y confirmó a la doctora Luz Stella Mosquera de Meneses en el cargo de Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura.

ANTECEDENTES

I. La demanda

En ejercicio de la acción pública electoral de que trata el artículo 223 del C.C.A. el ciudadano Héctor Rodríguez Cruz demandó la nulidad de "... los actos administrativos de nombramiento y confirmación de la doctora LUZ STELLA MOSQUERA DE MENESES, como magistrada del Consejo Superior de la Judicatura, por ser ello contrario a la regla del art. 255 de la Constitución Nacional". Como consecuencia de la declaratoria de nulidad pide también "... se ordene la elección de nuevo magistrado para del (sic) Consejo Superior de la Judicatura".

Sobre las disposiciones supuestamente infringidas con los actos administrativos demandados y el concepto de la violación de los mismos, manifiesta el demandante:

> "Según los decretos 250 de 1970 como el 1660 de 1978, el ejercicio profesional de abogado se puede demostrar con los cargos de juez y magistrado, lo cual es contrario a la actual Constitución Nacional de 1991, en donde de los arts. 255 y 232 #4°, el Constituyente hizo una clara distinción de los cargos de juez y magistrados como los del abogado en ejercicio, que es el ejercicio profesional de abogado, para el acceso a los cargos superiores de la Administración Pública, los cuales son una función pública dentro del Estado, art. 113 de la C.N. Y así, debe aplicarse el art. 4o. de la C.N., que es el control constitucional por la vía de excepción y que tiene el Consejo de Estado para el caso subjúdice, al tener el control de constitución y de legalidad.
>
> Lo anterior es el espíritu del constituyente de 1991 y de ello hay que reseñar la discusión que había y hay por los gremios de abogados litigantes, de la falta de imparcialidad para su juzgamiento por jueces y magistrados y, era necesario, ser juzgados por abogados litigantes de gran prestancia nacional. Y, en el Consejo Superior de la Judicatura, estará la Sala Disciplinaria, que se ocupará del juzgamiento de esos mismos abogados litigantes.
>
> Así pues, cualquier norma en contrario que haya con referencia a la Constitución Nacional, no se puede aplicar, lo que no es nuevo, ya que en la anterior Constitución, en la regla del art. 215 existía, como también en ella había la distinción entre el ejercicio profesional de abogado y determinadas funciones públicas dentro de la rama jurisdiccional del poder público, para el acceso a los cargos superiores de la rama jurisdiccional, como eran los requisitos de los artículos 139 y 150, para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, luego, las normas en contrario sobre el ejercicio profesional de abogado, el del abogado litigante, tampoco tenían fundamento constitucional, en la anterior Constitución. Para el acceso a los cargos superiores de la Administración de Justicia.
>
> Así, del art. 255 de la C.N. la doctora LUZ STELLA MOSQUERA DE MENESES NO EJERCIDO (sic) LA PROFESION DE ABOGADA POR 10 AÑOS, al no haber sido abogado litigante, abogada en ejercicio, y los cargos de Juez y Magistrados la habilitan es para la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado pero no para el Consejo Superior de la Judicatura.

Del art. 27 del C.C. como de la Ley 153 de 1887, cuando el sentido de la ley es claro, no admite interpretación alguna y es así como el ejercicio profesional de abogado, el de abogado litigante, está reglado en el Decreto 196 de 1971.

Los Decretos 1660 de 1978 como 250 de 1970, reglan como los cargos en la Administración de Justicia requieren de nombramiento y confirmación por la misma entidad nominadora, o sea, un acto jurídico complejo, de lo cual si la posesión no es un acto jurídico, no es objeto de demanda, como ya se reseñó en las pretensiones de esta demanda, así los 20 días hábiles para la presentación de esta demanda electoral, se cuentan a partir del acto jurídico de confirmación que es con el que se completa el nombramiento. Lo cual se halla de la demanda de AURORA RAMIREZ DE ARAOZ (pretensiones de esta demanda y por la Sala de lo Contencioso Administrativo, del H. Consejo de Estado".

II. Contestación de la demanda

Mediante apoderado debidamente constituido se dio respuesta a la demanda. Se opone a la prosperidad de las pretensiones por estar éstas basadas "... en una interpretación equivocada de los artículos 255 y 232, 4 de la Constitución, de cuyo simple tenor literal no se desprende el sentido que le atribuye el libelista a estas disposiciones por lo cual se siente necesitado de acudir al 'espíritu del Constituyente de 1991' con la mala fortuna de estrellarse contra un principio general de interpretación jurídica que tiene consagración expresa en el artículo 27 del C.C...".

Del texto del artículo 255 de la Constitución no se desprende que el ejercicio de la abogacía se refiera exclusivamente "... a la mera función del litigio". El ejercicio de la profesión ".. de manera general incluye todas las modalidades que este ejercicio pueda presentar en la vida práctica, como pueden ser, entre otras, la asesoría jurídica, la consultoría jurídica, la docencia jurídica, y el desempeño de funciones relacionadas con la actividad jurídica, tanto en la esfera privada como en el servicio público". Y agrega:

"No podría entender por ejemplo que solamente el ejercicio del litigio por diez años habilite para el desempeño del cargo y que la docencia en derecho, por igual término realizada a lo mejor por el maestro del litigante, carezca de virtualidad para acreditar el ejercicio de la profesión. Ello sería absurdo porque implicaría desconocer otra modalidad de experiencia jurídica no menos valiosa que la del mero litigante. Otro tanto podría predicarse del acervo de experiencias que deparan la asesoría o la consultoría jurídica y con mayor razón de la experiencia profesional anexa al ejercicio de la función jurisdiccional pues se trata de la función de decir y de declarar el derecho, en el cual aúnan o conjugan la experiencia que le aportan los conocimientos de los abogados del litigio, las experiencias y las doctrinas decantadas por la jurisprudencia y por los tratadistas del derecho con una vivencia personal de lo jurídico. Si en la vida social el juez ejerce la máxima función entre los hombres que lo eleva a la más alta dignidad y si esa función humana como es la

de decir y declarar el derecho, sería inaudito y hasta aberrante que no sirviera para acreditar experiencia jurídica para desempeñar la Consejería Superior de la *Judicatura*.

En resumen: si el artículo 255 de la Constitución alude al ejercicio profesional durante diez años, es preciso entender que dicho ejercicio comprende todas las modalidades de la actividad profesional del abogado sin excluir ninguna. Donde el constituyente no distingue al intérprete no le es lícito distinguir. Si la expresión del texto constitucional alude a un género, el intérprete no puede reducirla a una especie.

Por lo demás ésta ha sido *la interpretación legal o por vía* de autoridad de análogas disposiciones de la antigua Constitución, como la contenida en el artículo 21 del Decreto Ley 250 de 1970, cuyo texto dice: `El ejercicio de la abogacía se podrá comprobar con el desempeño habitual de cualesquiera actividades jurídicas, tanto independientes como subordinadas".

Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia "... en sentencia unánime de la Sala Plena, fechada el 24 de noviembre de 1977, por medio de la cual se declaró exequible el citado artículo 21".

De ahí que la elección y subsiguiente confirmación de la demandada "... se ciñeron estrictamente a los preceptos constitucionales que aduce el demandante como violados y que, por lo tanto, ninguna de sus peticiones está llamada a prosperar".

Solicita se decrete la nulidad de la actuación "... desde el auto admisorio, inclusive", porque al haber operado el fenómeno de la caducidad se generó "la nulidad del proceso por incompetencia (artículo 140, 2, 152 y 153, en armonía con el artículo 165 del C.C.A.)".

También porque con el ejercicio de la acción pública electoral, que se refiere exclusivamente a la nulidad de actos administrativos puramente electorales, el demandante pretende la nulidad del acto de confirmación de la elección, acto que "... no puede reputarse como acto de elección, pues su naturaleza es bien diferente, y la ley no ha instituido ningún proceso especial para desistir sobre su nulidad. Entonces el proceso aplicable frente a las pretensiones de nulidad de tales actos es única y exclusivamente el ordinario". En consecuencia se presenta el motivo de nulidad de que trata el numeral 4° del artículo 140 del C.C.A., porque la demanda se ha tramitado "... por proceso diferente al que le corresponde".

III. Alegatos de conclusión

De la parte demandante

Sobre la ".. ineptitud formal de la demandada, como una ineptitud de la acción", aducida en la contestación de la demanda, el demandante afirma, invocando al tratadista de derecho procesal, Hernando Devis Echandía, que para efectos de la admisión de la demanda es suficiente que esta contenga "... una relación clara y numerada de los hechos, entre los cuales pueda aparecer o no lo que sirvan para determinar lo que se pide. La improcedencia, inexactitud, contradicción e ilicitud de los hechos no son

cuestión previa, a examen para la admisión de la demanda" cuestión distinta a cuando "... los hechos están redactados en forma confusa, que no permita saber con precisión su contenido o significado, se faltaría a este requisito formal...". Como en su demanda los hechos "... son claros, precisos, no se prestan a confusión".

Por lo que hace a las pretensiones de la demanda todas ellas caben en el ejercicio de la acción pública electoral, y la que consiste en que "... se ordene la elección de nuevo Magistrado para del (sic) Consejo Superior de la Judicatura" busca "... darle seriedad a la sentencia", dado que la sentencia de anulación del nombramiento de Aurora Ramírez Araoz, jamás fue cumplida pues "... la Procuraduría buscó como eludirla (art. 143 de la Constitución Nacional anterior) y con el transcurso del tiempo la nombró Fiscal de un Juzgado de orden publico, de mayor jerarquía". Por consiguiente "... las pretensiones no son confusas, ni oscuras, en la segunda pretensión una de sus partes es optativa para la decisión", como es la expedición de "... la credencial si la hubiere".

Por lo que hace al fenómeno de la caducidad y a la indebida acumulación de pretensiones, invocadas como motivos de nulidad en la contestación de la demanda, la cuestión fue resuelta en el auto que obra al folio 80 del expediente. Y en todo caso, "... independientemente de si los actos administrativos de nombramiento y confirmnación, son o no acto jurídico complejo...", lo cierto es que cuando se requiere confirmación de la elección o del nombramiento, ninguno de estos actos se perfecciona sin el acto de confirmación. De ahí que la demanda de nulidad cobijara ambos actos administrativos. La posesión como acto subsiguiente a la elección o al nombramiento no constituye acto administrativo, de ahí que en fallo del Consejo de Estado de agosto 10 de 1977 se rechazara demanda de nulidad de la posesión de funcionarios públicos.

Insiste en la interpretación que del artículo 255 de la Constitución Nacional hace en la demanda frente al texto del artículo 232 de la misma Carta y de las disposiciones que la Constitución de 1886 contenía sobre la misma materia, para deducir que el ejercicio de la profesión de abogado no es lo mismo que el desempeño de cargos en la rama judicial o en el Ministerio Público o el desempeño de la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas. La interpretación que se hizo del artículo 255 citado al elegir a la doctora Luz Stella Mosquera de Meneses como miembro del Consejo Superior de la Judicatura contraría al principio de interpretación del artículo 27 del C.C. y la Ley 153 de 1887, así como el artículo 4° de la Constitución Nacional. Para el Constituyente de 1886 el ejercicio de la profesión de abogado "... era diferente a los cargos que el mismo establecía para el acceso a los cargos superiores de la administración de justicia". Del escrito mismo de la contestación de la demanda así resulta, pues al transcribir apartes de sentencia de exequibilidad de la Corte Suprema de Justicia se evidencia que el acceso a ciertos cargos de la administración de justicia "... se logra por una al menos de estas tres vías, la judicatura, la docencia o el ejercicio de la profesión de abogado..." es decir, que la mencionada Corporación "... llega a la conclusión que no es lo mismo el ejercicio de la judicatura, ni el de cátedra universitaria, ni el de la profesión de abogado, los tres son diferentes, aunque por los tres se puede acceder a los cargos superiores de la administración de justicia...". Esto mismo ocurre en la Constitución hoy vigente como se desprende del texto de su artículo 232. Y cotejados éste y el artículo 255, es claro que el requisito para ser miembro del Consejo

Superior de la Judicatura no es otro que "... haber ejercido la profesión durante 10 años con buen crédito", sin que puedan asimilarse a ese ejercicio el desempeño de cargos en la judicatura o la enseñanza en la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas.

De los mismos antecedentes tenidos en cuenta por la Asamblea Nacional Constituyente, provenientes "... del centro de información y sistemas integrado de consulta de las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente, de la Presidencia de la República de las sesiones de la Comisión IV" se deduce que la intención del Constituyente fue la de integrar el Consejo Superior de la Judicatura con abogados que hubieran ejercido la profesión, no con personas provenientes de la judicatura o de la docencia en cátedra universitaria.

Las pruebas que obran en el proceso y las razones de derecho expuestas, conducen a que las pretensiones "... de la acción incoada, con la salvedad de la segunda, en cuanto a su parte optativa...", sean despachadas favorablemente.

De la parte demandada

El señor apoderado de la parte demandada en su alegato de conclusión reitera "... especialmente los argumentos que expuse en los acápites II y III de la contestación de la demanda...".

La "... muy personal interpretación..." que el actor hace del texto de los artículos 232 y 255 de la Constitución Política, es contraria "... al tenor literal..." de los mismos y a las "interpretaciones legales y jurisprudenciales que de ellos se han hecho", como bien surge de la preceptiva de los artículos 21 del Decreto Ley 250 de 1970, 67 del Decreto 1660 de 1978, según la cual el ejercicio de la abogacía no es exclusivamente la actividad de litigar como abogado, pues también hay otras actividades para cuya realización se requiere ser abogado. La jurisprudencia contenida en el fallo de exequibilidad pronunciado por la Corte Suprema de Justicia el 24 de noviembre de 1977 sobre la constitucionalidad del artículo 21 del Decreto Ley 250 de 1970, reitera el mismo punto de vista, en el sentido de que litigar "... constituye apenas un aspecto limitado del ejercicio profesional".

La interpretación que el demandante hace de los artículos 232 y 255 de la Constitución con base en "la diferencia lexicográfica existente" entre ambas normas debe ser rechazada, pues cuando se expidió la Constitución actualmente vigente "... eran suficientemente conocidas las interpretaciones legislativas y jurisprudenciales..." mencionadas, por manera que "... todo parece indicar que el Constituyente acogió, en el artículo 255, el concepto genérico y amplio del ejercicio de la profesión, desechando el restrictivo y limitativo del ejercicio del litigio". Si el Consejo Superior de la Judicatura ejerce funciones jurisdiccionales "... así sea de carácter disciplinario" no se entendería por qué se excluiría "el aporte de la experiencia jurisdiccional".

No existe incompatibilidad entre las disposiciones pertinentes de los citados Decretos 250 y 1660 pues entre ellos y el canon constitucional "... media una armonía cabal".

Termina su alegato de conclusión el señor apoderado manifestando: "... no resisto la tentación de transcribir la pregunta que formuló un magistrado en un debate de Sala Plena sobre este tema: `Hace 23 años administro justicia. Si esa actividad no ha sido ejercicio de la profesión de abogado, a cual profesión corresponde lo que he hecho?'".

Termina por pedir se denieguen las súplicas de la demanda.

IV. El Ministerio Público

La señora Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso en su concepto de fondo pide a la Sala denegar las pretensiones de la demanda.

Respecto de las excepciones de caducidad y de indebida acumulación de pretensiones, propuestas en la contestación de la demanda, concluye que tal como se expresó en auto del 4 de junio, que decidió negativamente estas excepciones, la Ley 14 de 1988 en su artículo 7° dispuso que el término de caducidad señalado para la acción electora en tratándose de designación o nombramiento que requiere confirmación comienza a contarse a partir de la fecha del acto confirmatorio. Consecuentemente no deben prosperar las excepciones.

Sobre el fondo del asunto debatido sostiene la representante del Ministerio Público que la interpretación que hace el demandante del artículo 255 de la Constitución Nacional "... es errada a todas luces... por cuanto si bien es cierto, dicho precepto consagra como uno de los requisitos para ser miembro del Consejo Superior de la Judicatura, el de tener título de abogado y haber ejercido la profesión durante 10 años con buen crédito, el mismo no exige que los 10 años lo sean como abogado litigante únicamente".

Las pruebas que obran en el expediente, según las cuales la demandada ocupó en propiedad los cargos de Juez Sexto Penal Municipal, Juez 22 de Instrucción Criminal, Juez 4° Penal del Circuito, Juez 24 Superior y Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, demuestran que ésta "... acreditó plenamente los requisitos exigidos en el artículo 255 de la Constitución Nacional en concordancia con los artículos 67 del Decreto 1660 de 1978 y los Decretos 250 y 762 de 1970 y 546 y 717 de 1978". Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia al confirmar su elección.

V. Como de acuerdo con la regla de competencia contenida en el artículo 128, numeral 4 del C.C.A. en concordancia con el artículo 7° de la Ley 14 de 1988, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para fallar este proceso en única instancia, y no se observa motivo de nulidad que de lugar a invalidar la actuación, se procede a proferir sentencia previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En su alegato de conclusión el señor apoderado de la parte demandada reitera el planteamiento de las excepciones de caducidad y de indebida acumulación de pretensiones, asunto que fue ya decidido en auto de fecha 4 de junio (fls. 80 a 86) al resolver

la nulidad propuesta en la contestación de la demanda con base en la causal 4 del artículo 140 del C. de P.C. por los mismos hechos. Sin embargo, la Sala se refiere a las excepciones, así:

EXCEPCION DE CADUCIDAD

Se hace consistir en que la demanda fue presentada cuando había ya transcurrido el término de caducidad, habida cuenta que ésta se presentó el 13 de febrero de 1992 y el nombramiento se produjo el día 12 de diciembre de 1991. Al respecto la Sala encuentra que a tenor del artículo 7° de la Ley 14 de 1988, "... el término de caducidad de la acción se contará a partir de la fecha en la cual se confirme la designación o nombramiento", cuando tal confirmación sea necesaria. Pues bien, conforme al Decreto 250 de 1970, artículo 20, la confirmación es necesaria cuando en la rama jurisdiccional se produce nombramiento en propiedad en cargo para cuyo ejercicio se exijan determinados requisitos, confirmación sin la cual no se puede tomar posesión del cargo ni ejercerlo. Como en el caso en estudio el nombramiento se produjo para el cargo de miembro del Consejo Superior de la Judicatura, para cuya posesión y ejercicio se requiere reunir requisitos especiales señalados en el artículo 255 de la Constitución Nacional, la confirmación era indispensable. De ahí que la Corte Suprema de Justicia obrara de conformidad. Como a tenor del artículo 7° de la Ley 14 citada el término de caducidad empieza a contarse en este caso a partir de la fecha de expedición del acto de confirmación, lo que tuvo lugar el día 23 de enero de 1992, como consta en documento público que obra a folios 104 a 106 del expediente, el término de caducidad venció el 20 de febrero. Habiendo sido presentada la demanda el 13 de febrero de 1992, como se dijo, su presentación ocurrió dentro del término de caducidad, por lo que la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

EXCEPCION DE INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES

La acción electoral se refiere exclusivamente a la impugnación de actos de elección o nombramiento. Como el demandante enderezó la acción electoral no solamente contra el acto de elección sino contra el de confirmación de la elección acumuló indebidamente dos pretensiones, puesto que para obtener la nulidad del acto de confirmación debió invocar acción de nulidad distinta a la electoral. Al respecto, la Sala encuentra que los actos de elección y de confirmación configuran un acto administrativo complejo, expedido por un concurso de voluntades y con la misma finalidad, de manera que la eficacia legal no puede darse independientemente en uno y otro acto. En efecto, el acto confirmatorio no es posible sin el acto de elección, y éste carece de eficacia sin el segundo. Con otras palabras: sin elección no es posible la confirmación y sin ésta no produce efectos la elección porque el elegido no puede posesionarse del cargo, menos aún ejercerlo. Así lo entendió el Legislador al disponer en el artículo 7° de la Ley 14 de 1988 que el término de caducidad empieza a contarse a partir de la expedición del acto confirmatorio cuando la confirmación, como en el caso sub-judice, es necesaria. Lo anterior es suficiente para que esta excepción no prospere.

Se pretende la declaratoria de nulidad de los actos por medio de los cuales la H. Corte Suprema de Justicia eligió y confirmó a la doctora Luz Stella Mosquera de Meneses en el cargo de miembro del Consejo Superior de la Judicatura. La elección tuvo lugar en la sesión ordinaria de Sala Plena celebrada el día 12 de diciembre de 1991, la confirmación en sesión de Sala Plena llevada a cabo el día 23 de enero de 1992.

Sostiene el demandante que con la expedición de los actos administrativos cuya nulidad pretende, resultó infringido el artículo 255 de la Constitución Nacional porque el nombramiento recayó en persona que carece del requisito de "... haber ejercido la profesión durante 10 años con buen crédito", establecido en el mencionado canon constitucional. En efecto, la H. Corte Suprema de Justicia tuvo en cuenta para su elección y confirmación el desempeño de cargos en la rama jurisdiccional, cargos que en manera alguna conllevan el ejercicio de la profesión de abogado. La misma Constitución Nacional en su artículo 232 establece diferencia entre el desempeño de cargos en la rama judicial o el Ministerio Público con el ejercicio de la profesión de abogado y aún con la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas.

Con la elección y confirmación de la doctora Mosquera de Meneses se desconoció "... el espíritu del Constituyente de 1991", afirma el demandante, porque lo que aquél pretendió al consagrar como requisito el ejercicio de la profesión de abogado, excluyendo otros como el desempeño de cargos en la judicatura y la cátedra universitaria, fue garantizar la imparcialidad en el juzgamiento de abogados litigantes en casos de faltas definidas en el Decreto Ley 196 de 1971 que contiene el Estatuto del Ejercicio de la Abogacía, imparcialidad que han venido reclamando "... los gremios de abogados litigantes".

Afirma también el demandante que como los artículos 21 del Decreto 250 de 1970 y 67 del Decreto 1660 de 1978, disponen que el ejercicio de la abogacía, es decir de la profesión de abogado, se demuestra también con el desempeño de actividades jurídicas distintas a la de litigar, disposiciones que la Corporación nominadora tuvo en cuenta para la elección y confirmación de la doctora Luz Stella Mosquera de Meneses, son contrarios al texto del artículo 255 de la Constitución Nacional y al espíritu mismo que tuvo en cuenta el Constituyente al expedirlo, deberán ser declarados por la Sala inconstitucionales aplicando lo dispuesto en el artículo 4° de la misma Constitución.

Es cierto que tradicionalmente se ha entendido que el ejercicio de la profesión de abogado consiste en "... defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos e intereses de los litigantes, también en dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consulten" al abogado, según definición contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Es decir, que el ejercicio de la abogacía ha sido visto siempre como la prestación del servicio profesional del abogado a los "litigantes", es decir a las partes interesadas en los litigios sometidos a decisión de la administración de justicia. Indudablemente esta es una concepción reducida, por no decir estrecha, de la actividad propia de la profesión de abogado.

El ejercicio de esta profesión está reglamentado en el Decreto 196 de 1971, que contiene el denominado "Estatuto del Ejercicio de la Abogacía", que consagra en sus artículos 1°, 2° y 3°, lo siguiente:

> "Art. 1°- La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia".
>
> "Art. 2°- La principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares. También es misión suya asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas".
>
> "Art. 3°- Es abogado quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas y legales".

Del texto del artículo 2° transcrito se desprende que la misión principal del abogado, ".. es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares", es decir que el ejercicio de la profesión litigando es misión "principal" pero no la única. En efecto es "también" misión del abogado "... asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas". Y del texto del artículo 1° transcrito se deduce que "la abogacía", es decir la profesión de abogado, cumple entre otras la función social de colaborar "... en la realización de una recta y cumplida administración de justicia", colaboración que se presta por el abogado al intervenir, como litigante, en los litigios, es decir en los conflictos sometidos a la administración de justicia.

Para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura es necesario ser abogado, como está dispuesto en los artículos 232 y 255 de la Constitución Nacional. Y de acuerdo con la ley para ser magistrado de Tribunal y Juez de la República también es necesario ser abogado. Eso significa que la justicia en esos cargos no puede ser impartida por médicos, ingenieros, arquitectos, economistas, contadores, etc., etc. Sin embargo, no existe, al menos en nuestro país, la profesión de magistrado o juez. Entonces, si para desempeñar esos cargos es necesario ser abogado, puede afirmarse que el cumplimiento de funciones judiciales en los mencionados cargos conlleva el ejercicio de la profesión de abogado?, o que la asesoría jurídica en oficinas públicas o privadas, y aún el desempeño de la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas cuando para ello se requiere ser abogado, no es ejercicio de la profesión de abogado? Así las cosas, circunscribir el concepto de ejercicio de la profesión de abogado a la actividad de abogar o litigar, no se compadece con la realidad y así lo entendió la H. Corte Suprema de Justicia cuando declaró exequible el artículo 21 del Decreto 250 de 1970 mediante sentencia pronunciada el 24 de noviembre de 1977, citada en la contestación de la demanda. Con anterioridad el Consejo de Estado, en auto fechado el 13 de septiembre de 1977, aceptó para confirmar a persona elegida como magistrado de tribunal administrativo, que el ejercicio de la abogacía era demostrable de la manera dispuesta en el precitado artículo 21. Es más: encontró que las razones aducidas por alguno de los integrantes de la Sala "... son muy discutibles en orden a sustentar dicha inconstitucionalidad que permitan la inaplicación de tal precepto por la vía de la ex-

cepción, toda vez que desarrolla la noción del ejercicio de la abogacía que consigna el artículo 155 de la Carta, concepto que el Constituyente no desarrolla".

Otro tanto cabe afirmar en relación con el último inciso del artículo 67 del Decreto Reglamentario 1660 de 1978. Pero el Decreto 250 de 1970 no es el único que dispone la comprobación del ejercicio de la profesión de abogado en la forma anotada, pues el Decreto 960 de 1970, conocido como "Estatuto del Notariado", en su artículo 140 dice en su segundo inciso que: "El ejercicio de la abogacía se podrá acreditar con el desempeño habitual de cualesquiera actividades jurídicas, tanto independientes, como subordinadas, en cargo público o privado". Y aquí también podría preguntarse si el desempeño del cargo de Notario con el requisito de ser abogado, no implica otra faceta más del ejercicio de la profesión de abogado.

El demandante en su alegato de conclusión hace referencia a los "antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente" del origen del artículo 255 de la Constitución Nacional, para deducir que lo que se pretendió al excluir como requisito para acceder al cargo de miembro del Consejo Superior de la Judicatura el desempeño de cargos en la rama jurisdiccional, fue la atribución disciplinaria de dicha corporación para juzgar a los abogados litigantes por faltas en el ejercicio de la profesión. La Sala revisó detenidamente en las Gacetas Constitucionales las actas de la Comisión IV, a la cual le correspondió elaborar ponencia sobre administración de justicia y Ministerio Público, y no encontró en ninguna de ellas el propósito de excluir el ejercicio de la judicatura para acreditar el cumplimiento de requisitos para acceder al Consejo Superior de la Judicatura.

Es así como en el Acta N° 18 (Gaceta N° 65), correspondiente a la sesión de abril 23 de 1991, página 19, se aprobó por unanimidad que los miembros del Consejo Superior de la Judicatura "... deberían reunir los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia...". Y en el Acta N° 26 (Gaceta N° 70) sesión de mayo 8, página 53, aparece que el integrante de la Comisión doctor Alvaro Gómez Hurtado manifestó: "... que es partidario de las pocas calidades en los nombramientos de altas magistraturas pues las prohibiciones permiten los malos nombramientos". Y en las Gacetas Constitucionales Nos. 64, 75, 82, 88, 109, 113, 114, 115, 116, de las actas de la Comisión IV aparece que desde un comienzo la intención del Constituyente fue en el sentido de que los miembros del Consejo Superior de la Judicatura reunieran los mismos requisitos que para ser magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Por manera que no es posible deducir de los antecedentes invocados por el demandante que con la expedición del artículo 255 de la Constitución Nacional se buscó excluir de la integración del Consejo Superior de la Judicatura a personas provenientes de la rama jurisdiccional o que hubieran desempeñado la cátedra en la enseñanza del Derecho. Ni aparece en tales actas asomo de que se hubiera hecho referencia a la inconveniencia del juzgamiento de abogados por faltas a la ética por exfuncionarios judiciales. Tampoco hay referencia en tales actas a escritos o manifestaciones de abogados o de colegios de abogados en tal sentido, contrariamente a lo afirmado por el demandante. Existe si constancia de que los "abogados javerianos" hicieron llegar a la Asamblea Constituyente una propuesta sobre la administración de justicia, documento que aparece incorporado a una de las Gacetas de la Asamblea Constituyente y en el cual no se hace referencia alguna a las calidades para ser miem-

bro del Consejo Superior de la Judicatura ni al juzgamiento de abogados por faltas a la ética.

Con los documentos que obran a los folios 94 a 103 del expediente que contiene el proceso, la doctora Luz Stella Mosquera de Meneses demostró ante la Corporación nominadora reunir los requisitos para ser elegida miembro del Consejo Superior de la Judicatura y ejercer el cargo. En efecto, probó ser colombiana por nacimiento, ciudadana en ejercicio, mayor de 35 años, tener título de abogado y haber ejercido la profesión por 10 años con buen crédito, así: como magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá desde el 1° de abril de 1982, cuando tomó posesión del cargo, hasta el 11 de junio de 1991 (9 años, 2 meses, 10 días); como Juez 6° Penal Municipal de Santafé de Bogotá del 5 de diciembre de 1972 al 27 de octubre de 1974 (1 año, 10 meses, 22 días); como Juez 22 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá del 28 de octubre de 1974 al 30 de julio de 1977 (2 años, 9 meses, 2 días); como Juez 4° Penal del Circuito de Santafé de Bogotá del 1° de agosto de 1977 al 3 de octubre de 1979 (2 años, 2 meses, 2 días); como Juez 24 Superior de Santafé de Bogotá del 4 de octubre de 1979 al 31 de marzo de 1982 (2 años, 5 meses), todo lo cual suma un tiempo de algo más de 18 años, circunstancia ésta que releva a la Sala de analizar si el desempeño del cargo de Directora de la Dirección Nacional de la Administración Judicial podía ser tenido en cuenta para acreditar ejercicio de la profesión de abogado, cargo que desempeño desde el 12 de junio de 1991 hasta el 13 de enero de 1992. Además de los requisitos constitucionales demostró los requisitos legales señalados en los artículos 22 del Decreto 250 de 1970 y 67 del Decreto 1660 de 1978.

Así las cosas la Sala no encuentra contrariedad entre los artículos 21 del Decreto 250 de 1970 y 67, segundo inciso, del decreto 1660 de 1978 con el artículo 255 de la Constitución Nacional, por lo que no halla mérito para dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4° de la misma Constitución Política respecto de aquellos artículos.

En consecuencia, las peticiones de la demanda serán denegadas.

Por lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1° No prosperan las excepciones propuestas por la parte demandada.

2° Deniéganse las peticiones de la demanda.

3° En firme esta sentencia archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

NULIDAD PROCESAL - Causales/**NULIDAD**

Para darse el motivo de nulidad del numeral 4o. del artículo 140 del C. de P.C., es necesario que a una demanda se le de el trámite correspondiente a un proceso diferente, como cuando a la demanda encaminada a obtener un lanzamiento o restitución de inmueble arrendado se le da el trámite propio del proceso de ejecución. Esta nulidad no se refiere a irregularidades que puedan presentarse en el trámite del proceso correspondiente. Por lo que hace al motivo de nulidad aducido por la apelante con invocación del numeral 6o. del artículo 140 del C. de P.C., es necesario concluir que tampoco prospera porque en el caso en estudio, como bien lo puso de presente el *a quo* en la providencia recurrida, no se omitieron los términos ni las oportunidades para pedir o practicar pruebas, pues precisamente el *a quo* decidió, en materia probatoria, tanto para la parte demandante como para la parte demandada, en la oportunidad dispuesta en el artículo 234 del C.C.A. Una cosa es omitir ... "los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas..." y otra bien distinta decretar pruebas pedidas extemporáneamente. La nulidad se refiere a la privación del derecho que tienen las partes para pedir pruebas dentro de los términos y oportunidades señaladas en las normas de procedimiento que regulan el proceso correspondiente o para que las pruebas se practiquen, situación ésta que afecta la garantía del debido proceso consagrado en la Carta Política. Confirma el auto proferido por el Tribunal.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., octubre primero (1) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Ref.: Expediente N° 0787. ACTOR: *Alfonso Malaver Garcia*

Resuelve la sala el recurso de apelación interpuesto contra la providencia fechada el 6 de agosto de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca

declaró que "No prospera el incidente de nulidad parcial formulado por el apoderado de la parte demandada, contra el auto del 30 de junio de 1992".

ANTECEDENTES

1°) La apoderada de la parte demandada en este proceso, invocando para el efecto los artículo 140-4-6 del CPC y 29 de la Carta Política, solicitó al *a-quo* declarar parcialmente nulo el auto de fecha 30 de junio de 1992 "... en cuanto se relaciona con el decreto de pruebas en favor de la parte actora, y vistas al folio 111 s.s., por cuanto las mismas fueron solicitadas *extemporáneamente* ...", el último día de fijación en lista, término en el que solo el demandado podía solicitar su práctica. Por esta razón, dice, se le dio a la demanda un trámite diferente del que legalmente le correspondía, se omitieron las reglas del debido proceso y se violó el derecho de defensa, por cuanto la demandada no tuvo posteriormente oportunidad para controvertir las pruebas decretadas (subrayado del texto transcrito) (fls. 162-163).

2°) El Tribunal de primera instancia consideró que ningún de las causales de nulidad invocadas por la incidentalista se configuraba en el evento sub-lite, pues al proceso se le imprimió el trámite especial del juicio electoral, y si por auto del 30 de junio de 1992 se decretaron las pruebas solicitadas por la parte demandante, no hubo violación de su derecho de defensa, en consecuencia, no prospera el incidente.

EL RECURSO DE APELACION

1°) El motivo de la inconformidad del recurrente radica en que el actor, violando claras disposiciones en cuanto a la oportunidad y forma de solicitar pruebas, aportó algunas documentales con la pretensión de hacerlas valer en el proceso, pues a pesar de haber utilizado las dos oportunidades que tenía para presentar la petición probatoria en la demanda y en la corrección de la misma, las pretermite y el día 26 de junio de 1992, cuando corrí el término de fijación en lista, presenta nueva petición en el mismo sentido, la que fue admitida por el Tribunal al decretarle las pruebas solicitadas.

La apelante afirma que el término de fijación en lista junto con la contestación de la reforma de la demanda, constituyen oportunidades que tiene la parte demandada para solicitar pruebas; en el sub-judice aquel término comenzó a correr el 24 de junio de 1992, expirando el 26 siguiente, por lo tanto, las pruebas que la actora solicitó en dicho lapso fueron decretadas contra derecho, dándose así un trámite diferente del que legalmente correspondía "... en cuanto al procedimiento de la etapa probatoria... y no al proceso electoral...". De esta forma —dice— se contempla la desigualdad en el debate probatorio por cuanto el demandado no tuvo oportunidad de controvertir las pruebas solicitadas extemporáneamente por el actor y decretadas por el ponente, lo que en sentir de la recurrente constituye una ostensible violación del derecho de defensa.

2°) Califica de significativo el hecho de que se omitiera la oportunidad que tenía el demandado para contestar la corrección de la demandada, pues a pesar de haber

sido ordenada oportunamente por el Magistrado Ponente no se realizó la fijación en lista, término dentro del cual el demandado también podía pronunciarse y solicitar pruebas respecto de la corrección de la demanda.

Posteriormente complementa los argumentos expuestos, refiriéndose especialmente a los principios de contradicción e igualdad de oportunidad para la prueba (fls. 187-188).

Para resolver,

SE CONSIDERA

Esta Sala al tramitar recursos de súplica interpuestos en los procesos 603, 612 y 653 contra autos que denegaron las pruebas pedidas por el demandante en el término de fijación en lista, h sostenido que éste, el demandante, dispone de dos oportunidades para presentar y pedir la práctica de pruebas, así: con la demanda al momento de su presentación y con el escrito de corrección de la demanda. En el término de fijación en lista el demandado tiene la oportunidad de presentar y pedir la práctica de pruebas, también los terceros intervinientes. Por manera que la petición de pruebas hecha por el demandante en el término de fijación en lista es extemporánea.

Sin embargo, el decreto de pruebas pedidas o presentadas extemporáneamente no constituye causal de nulidad como lo supone en este caso la apelante cuando invoca como motivos de nulidad los consagrados en los numerales 4 y 6 del artículo 140 del C. de P.C., aplicable a los procesos de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por virtud de la remisión de que trata el artículo 267 del CCA.

En efecto, es abundante ya la jurisprudencia así como la opinión de los tratadistas de derecho procesal, que para darse el motivo de nulidad del numeral 4 del artículo 140 del C. de PC, es necesario que a una demanda se le dé el trámite correspondiente a un proceso diferente, como cuando a la demanda encaminada a obtener un lanzamiento o restitución de inmueble arrendado se le da el trámite propio del proceso de ejecución. Esta nulidad no se refiere a irregularidades que puedan presentarse en el trámite del proceso correspondiente.

En consecuencia, habrá de confirmarse el auto apelado en cuanto dispuso que no prospera la nulidad invocada por el apelante con base en la causal anotada.

Por lo que hace al motivo de nulidad aducido por la apelante con invocación del numeral 6 del artículo 140 del C. de P.C., es necesario concluir que tampoco prospera porque en el caso en estudio, como bien lo puso de presente el *a-quo* en la providencia recurrida, no se omitieron los términos ni las oportunidades para pedir o practicar pruebas, pues precisamente el *a-quo* decidió, en materia probatoria, tanto para la parte demandante como para la parte demandada, en la oportunidad dispuesta en el artículo 234 del CCA, según se observa a folios 146 a 149, que contienen el auto fechado el 30 de junio que decidió sobre la materia. Una cosa es omitir "... los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas..." y otra bien distinta decretar pruebas pedidas extemporáneamente. La nulidad se refiere a la privación del derecho que tienen las partes para pedir pruebas dentro de los términos y oportunidades señaladas en las

normas de procedimiento que regulan el proceso correspondiente o para que las pruebas se practiquen, situación ésta que afecta la garantía del debido proceso consagrado en la Carta Política. Las nulidades están taxativamente establecidas en las normas de procedimiento, para este caso el artículo 140 del C. de PC, no pueden hacerse extensivas a situaciones procesales distintas de las que conforme al mismo Código configuran o constituyen la causal de nulidad. En el caso en estudio, como ya se dijo, el decreto de pruebas pedidas extemporáneamente o, lo que es lo mismo, en oportunidad distinta a la que corresponde con arreglo al procedimiento, no implica omitir los términos u oportunidades para que éstas, las partes, aporten las pruebas o pidan su práctica. En el caso en estudio se observa que demandante y demandado tuvieron la correspondiente oportunidad (arts. 137 y 233, 4 del CCA).

Así las cosas, también habrá de confirmarse el auto apelado en cuanto declaró que la nulidad invocada con base en la causal 6 del artículo 140 del C. de PC, no prospera.

Por lo expuesto, la sección quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE

Confirmar en todas sus partes el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Primera— el 30 de junio de 1992.

En firme esta decisión devuélvase el expediente a la oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Mirén de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

CONGRESISTA-Inhábilidades/PARENTESCO/EMPLEADO PUBLICO/ CONSEJERO COMISARIAL/AUTORIDAD CIVIL/AUTORIDAD POLITICA

La inhabilidad se genera por el parentesco entre el elegido y quien como funcionario público ejerza autoridad civil o político en la misma circunscripción. El Decreto 2274 de 1991 (dictado en ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo 39 transitorio de la Constitución Nacional) establece que los miembros de los Consejos intendenciales y comisariales estarán sujetos, entre otras, a las "demás disposiciones que rigen para los diputados". Por su parte, el artículo 299 de la Constitución Nacional establece que los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos. Así las cosas si el régimen de los consejeros intendenciales y comisariales se asimila al del diputado y éste, según la disposición constitucional, no tendrán la calidad de funcionario público, no puede dicho consejero, como tal, ejercer la autoridad de que trata el artículo 179-5 de la Constitución Nacional para los efectos de generarse la inhabilidad allí establecida.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta. Santafé de Bogotá, octubre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Miren de La Lombana de Magyaroff*

REFERENCIA: Expediente Nº 0593. ACTOR: *Enrique Castro Rincón.* SENTENCIA - ACUMULADO EXPS. 593 y 597

Conforme a lo ordenado por auto del 11 de junio de 1992, procede la Sala a resolver en una sola sentencia las demandas acumuladas radicadas con los números 593 y 597.

EXPEDIENTE Nº 0593, ACTOR ENRIQUE CASTRO RINCON

El actor en referencia por intermedio de apoderado en ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral demanda el acto administrativo mediante el cual se declaró la elección de representantes a la Cámara por la circunscripción electoral del departamento del Vaupés, en cuanto declaró elegido al señor Harold León Bentley y que, como consecuencia de tal declaración se ordene la cancelación de la credencial expedida al citado señor León Bentley y la exclusión del cómputo general de los votos que aparecen en favor del representante cuya elección se solicita anular.

La demanda relata que el 3 de noviembre de 1991, los delegados del H. Consejo Nacional Electoral en la circunscripción de Vaupés declararon elegidos como representantes a la Cámara a los señores Alfonso González y Harold León Bentley.

El señor Harold León Bentley es pariente en primer grado de consanguinidad con el señor Ernesto León Camacho, Consejero Comisarial al momento de la inscripción de la candidatura y de la elección del representante cuestionado.

El 27 de octubre de 1991 el señor Ernesto León Camacho, padre de Harold León Bentley, se desempeñaba como Consejero Comisarial, cargo que ocupaba, también el 3 de noviembre de 1991 cuando se declaró la elección que se impugna.

La categoría de Consejero Comisarial permanece hasta el 19 de julio de 1992, conforme lo prevé el Decreto 2274 del 4 de octubre de 1991.

Conforme al art. 179-5 de la C.N. el señor Harold León Bentley era inelegible y, en consecuencia, el acto por el cual se le declaró elegido y se expidió la correspondiente credencial es nulo.

El actor, segundo renglón a la Cámara, invoca esta circunstancia con base del interés para demandar.

Como normas violadas invoca la parte actora los arts. 95 y 179-5 de la C.N.

El art. 95 citado primeramente, porque le impone a toda persona la obligación de ceñirse a la C.N. y más cuando se quiere acceder a un cargo de elección popular. El acto acusado no siguió esta norma constitucional porque declaró elegido a quien no podía serlo.

El art. 179-5 de la C.N. fue infringido porque debe verificarse si la persona que se va a declarar elegida cumplió con los requisitos establecidos en la C.N. examinando al efecto cinco aspectos a saber:

- Nombres y apellidos completos de quien se declara elegido y en cuyo favor se ordena expedir la credencial.

- Nombres y apellidos completos de quien ocupa cargos con autoridad civil o política y se relaciona con el elegido.

- Circunscripción electoral para la cual se hace la declaratoria de elección y el período constitucional.

- Lugar en el cual ejerce autoridad civil o política quien esté vinculado con el candidato y la fecha de tal ejercicio.

- Grado de parentesco entre los dos.

Mediante auto del 15 de enero de 1992 se admitió la corrección de la demanda por la cual se adicionó una prueba.

El señor Harold León Bentley, por intermedio de apoderado, se hizo parte en el juicio y, al contestar la demanda, admite como ciertos los hechos relativos a la celebración de las elecciones y a la declaratoria de la elección impugnada.

Solicita se prueben los hechos relativos al parentesco entre el elegido y el señor Ernesto León Camacho y al desempeño de este último como consejero comisarial de autoridad civil o política.

No considera hechos sino apreciaciones del demandante, la afirmación de permanencia en el cargo de los consejeros comisariales así como el estimar inelegible al señor Harold León Bentley.

Como fundamento de la defensa expone los siguientes:

El Consejero Comisarial del Departamento de Vaupés es una entidad administrativa de elección popular, según el Decreto 0467 de 1986; sus miembros no son funcionarios públicos y no tienen autoridad civil o política porque la corporación es de naturaleza administrativa, naturaleza que no fue variada por el Decreto 2274 de 1991.

No existe la inhabilidad alegada, afirma, pues Ernesto León Camacho de quien se firma en la demanda es pariente en primer grado de consanguinidad del señor Harold León Bentley, no ejerció autoridad civil o política.

En el mismo escrito de contestación de la demanda la parte impugnadora propone como excepciones las siguientes:

Ilegitimidad de personería adjetiva del demandante porque el poder no indica la parte demandada ni determinada el asunto como lo exige el art. 65 del C. de P.C.

Inepta demanda con base en los siguientes aspectos:

La copia del acto de escrutinios está autenticada por Notario, pero de copia no autenticada. No cumple con los requisitos previstos en los arts. 253 y 254 del C. de P.C. y 139 del C.C.A.

No se acompañó constancia de notificación del acto acusado según lo previsto por el art. 139 del C.C.A.

La demanda no tiene la designación de la parte demandada y su representante como lo exige el art. 137-1 del C.C.A.

No se individualiza el acto acusado porque falta precisión al hacerlo.

Acumulación indebida de pretensiones: se alega al respecto que se demanda la nulidad del acto que declaró la elección y por el cual se ordenó expedir la credencial;

se demanda también la cancelación de la credencial y la exclusión del cómputo general de los votos no obstante que estas pretensiones se excluyen.

EXPEDIENTE 0597, ACTOR: HERACLIO VEGA GOYENECHE

El actor de la referencia por intermedio de apoderado en ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral, demanda la elección del señor Harold León Bentley, declarada el 3 de noviembre de 1991.

Relata el actor que el 3 de noviembre de 1991, los delegados del Consejo Nacional Electoral en la circunscripción de Vaupés, declararon elegidos a los señores Alfonso González y Harold León como representantes a la Cámara.

El señor Harold León Bentley es pariente del señor Ernesto León Camacho, como que el último es padre del primero.

El último de los antes mencionados es Consejero Comisarial del Vaupés por el período 1990-1992, y ocupaba dicho cargo el 27 de octubre de 1991 y el 3 de noviembre del mismo año.

La categoría de Consejero Comisarial permanece hasta el 19 de julio de 1992 (Decreto 2274 del 4 de octubre de 1991).

El señor Harold León Bentley estaría inhabilitado según el art. 179-5 de la CN.

Quien debía ser llamado a ocupar la curul en reemplazo del inhabilitado conforme al art. 134 y 261 de la C.N. es Gregorio de Jesús Amézquita Driss pero éste no puede ocupar el cargo porque en la actualidad es consejero suplente elegido por la circunscripción electoral de Vaupés y hermano consanguíneo del secretario de obras públicas Luis Alberto Amézquita Driss.

En consecuencia debe llamarse al actor, primer renglón de la lista N° 69 que ocupó el tercer orden en la votación por la circunscripción de Vaupés.

El actor manifiesta que él fue legalmente inscrito y participó como candidato en las elecciones.

Considera infringido el art. 179-5 de la C.N. por las razones expuestas y que recalca nuevamente.

El señor Harold León Bentley por intermedio de apoderado se hizo parte en el proceso.

En el escrito de contestación de la demanda consideró ciertos los hechos relacionados con la existencia de la elección, exigió pruebas de los relativos al parentesco y consideró pretensiones o afirmaciones, y no hechos, los demás expuestos en el libelo.

Como fundamentos de la defensa afirma que la inhabilidad no se configura pues si se trata de un parentesco entre el elegido y un consejero comisarial, se observa que estos no tienen investidura de funcionarios que ejerzan autoridad civil o política pues

el Consejo Comisarial es una entidad administrativa y, por lo mismo, no tiene autoridad de otra clase, ni el Consejo en mención ni sus integrantes.

Propone como excepciones las siguientes:

Ilegitimidad adjetiva del demandante porque en el poder no se indica la parte demandada ni el asunto de que trata la demanda en la forma ordenada por el art. 65 del C. de P.C.

Falta de demanda en forma o ineptitud de la demanda. Basada en los siguientes aspectos:

- No hay constancia de notificación del acto acusado según lo dispone el art. 139 del C.C.A.

- No hay designación expresa de la parte demandada y de su representante como lo ordena el art. 137 del C.C.A.

- No individualiza el acto acusado como lo exige el art. 229 del C.C.A.: confunde el continente con el contenido y no se sabe lo que se demanda, incumpliendo así lo previsto por el art. 137-2 del C.C.A.

Acumulación indebida de peticiones porque se solicita varias declaraciones, algunas de las cuales se excluyan entre sí.

Excepciones derivadas de los hechos y las pruebas del proceso, y los textos legales.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado del demandado tanto en el expediente 593 como en el 597, solicita la decisión inhibitoria o la denegación de las peticiones respecto de las dos demandas acumuladas, radicadas como ya se dijo.

Vista de fondo

La señora procuradora Octava Delegada en lo contencioso en concepto presentado oportunamente, solicita se consideren no probadas las excepciones propuestas y se denieguen las pretensiones elevadas en las dos demandas acumuladas.

Llegado el momento de fallar sin que se observe causal algún de nulidad en los procesos acumulados a ello procede la Sala previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Cuestiones previas

Procede la Sala a analizar en primer término las propuestas en los dos expedientes acumulados, como excepciones, que tienen el carácter de previas, y que, por lo mis-

mo, se estudiarán como aspectos de la impugnación, de orden procesal para efectos de determinar si se debe proferir decisión inhibitoria o se estudia el fondo del negocio, por cuanto como excepciones desaparecieron del procedimiento contencioso administrativo.

En relación con la alegada ilegitimidad de personería adjetiva por parte del demandante, la Sala precisa de la simple lectura del poder que obra en cada uno de los expedientes acumulados (ver Exp. 593, fl. 13 y Exp. 597, fl. 23) se observa claramente que el otorgante en cada uno de ellos quiere que se impugne la declaratoria de elección del señor Harold León Bentley como representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Vaupés.

La descripción anterior es suficiente para que la Sala considere que por el aspecto en estudio no hay lugar a pronunciamiento inhibitorio pues el asunto sometido a juicio está perfectamente individualizado y no ofrece motivo de duda, más tratándose como sucede en el presente caso, de una acción pública.

El segundo aspecto alegado, o sea, la ineptitud de la demanda, para la Sala no se configura por ningún de las circunstancias propuestas, como se pasa a examinar:

El acta general de escrutinios reposa en ambos expedientes (Exp. 593, fl. 1 y ss., Exp. 597, fl. 1 y ss.) en copia autenticada de copia por Notario y en copia del original expedida por la Delegación de la Registraduría del Vaupés.

A más de lo anterior, por aplicación del Decreto 2651 de 1991 (art. 25), aunque no hubiera autenticación alguna en ninguno de los expedientes acumulados sería posible en esta etapa del proceso tener como presentada conforme a derecho cualquiera de las copias allegadas.

En tales condiciones por este aspecto no se configura la ineptitud de la demanda que se alega.

De la lectura de ambas demandas (Exp. 593, fl. 14 y Exp. 597, fl. 18) se deduce claramente que el acto acusado es el de declaratoria de elección de un representante a la Cámara, acto que es de todos sabido se notifica en estrados, por lo que no hay lugar a allegar documento alguno al respecto, considerándose que la fecha de la notificación es la misma de la expedición del acto.

No hay por lo tanto necesidad de comprobación sobre la notificación del acto acusado y, por lo mismo, por este aspecto no se produce la ineptitud de la demanda.

En relación con la falta de designación de la parte demandada la Sala observa que en las demandas se indica que la acción se dirige contra la declaratoria de elección del señor Harold León Bentley y se llega, inclusive, a indicar la dirección en donde dicho señor recibe notificaciones (Exp. 593, fl. 14 y 20 y Exp. 597, fl. 18 y 22).

Las anteriores precisiones son suficientes para que la Sala considere que en las demandas que se estudian, que incoa una acción pública de nulidad; no existe ineptitud de la demanda por el aspecto visto.

En este orden de ideas la Sala considera que por el aspecto analizado no hay lugar a proferir decisión inhibitoria en ninguna de las demandas acumuladas.

Individualización del acto acusado; observa la Sala que de la lectura del libelo y, sin mayor esfuerzo, se entiende que lo demandado es el acto mediante el cual se declaró elegido como representante a la Cámara al señor Harold León Bentley.

No es por lo tanto la razón alegada suficiente para considerar como inepta la demanda.

En cuanto a la no invocación de una causal de nulidad, que figura como otra circunstancia en excepción propuesta en la contestación de la demanda radicada con el número 597, como fundamento de la ineptitud de la demanda mencionada se invocan normas violadas, que es realmente el requisito mínimo exigido por la Ley para que se admita un libelo. Otra cosa es que las disposiciones invocadas o no sean pertinentes o no sean suficientes para despachar favorablemente las súplicas, cuestión que sólo se despeja con el estudio del fondo.

En tales condiciones por este aspecto no se configura la ineptitud de la demanda.

Acumulación indebida de pretensiones

Se observa:

La demanda en el presente caso, solicita la nulidad de la declaratoria de elección del señor Harold León Bentley. Las demás peticiones son consecuenciales de la primera por lo que no se le oponen ni desfiguran la naturaleza de la acción electoral para considerarla como otra diferente.

Lo anterior independientemente de la procedencia de tales peticiones que solo puede ser estudiada en caso de declararse la nulidad propuesta.

En tales condiciones para la Sala no es procedente considerar como indebidamente acumuladas las pretensiones propuestas en cada una de las demandas acumuladas.

Por último en el expediente Nº 597, se invoca una excepción de naturaleza genérica que en verdad conduce al examen del proceso.

En este orden de ideas, lo procedente es analizar el negocio en su fondo.

EL FONDO DEL NEGOCIO

En las dos demandas acumuladas se observa que el cargo es el mismo: la violación del art. 179-5 de la C.N. por cuanto el señor Harold Bentley quien resultó elegido como representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Vaupés, es hijo del señor Ernesto León Camacho, quien ocupaba al momento de realizarse la elección cuestionada el cargo de consejero comisarial por la misma circunscripción y, en consecuencia, ejerció allí autoridad civil o política.

La disposición citada por las demandas es del siguiente tenor:

> "No podrán ser Congresistas:
>
> "...
>
> "5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.
>
> "Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.
>
> "Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5".

De la anterior transcripción se deduce claramente que la inhabilidad se fundamenta en el parentesco de quien resulte elegido como congresista con funcionario público que ejerza autoridad civil o política dentro de la misma circunscripción en la cual se realice la elección correspondiente.

En tales circunstancias procede examinar las pruebas presentadas, visibles a fls. 8 y 27 del expediente radicado con el número 593 y a fls. 8 y 31 del expediente radicado con el número 597.

Los documentos en cuestión son certificaciones expedidas por el Notario único del Círculo de Mitú en las cuales da cuenta de que a fl. 17 del tomo 2 del Libro de Registro Civil de Nacimientos de la Notaría aparece inscrita la partida correspondiente a Harold León Bentley, el 21 de abril de 1958, hijo de Ernesto León y de Ligia Bentley y la destinación a los efectos asignados.

La única diferencia entre las certificaciones reseñadas es que las que aparecen en los últimos folios de ambos expedientes tienen el segundo apellido del señor Ernesto León (Camacho) (Exp. 593, fl. 27 y Exp. 597, fl. 31).

No obstante, los documentos allegados no constituyen la prueba idónea para demostrar el parentesco, como ya lo ha afirmado la sala en anteriores oportunidades.

Vale la pena recordar lo afirmado por la Sala en sentencia del 6 de diciembre de 1990, al analizar la misma prueba y para los mismos efectos para los cuales se allega en este negocio.

Dijo en tal oportunidad la Sala:

> "La Sala observa que a folios 28 y 43, 29 y 41, 30 y 42, obran respectivamente, certificaciones de los registros de nacimiento de Edgar y José Libardo Llaín Carballo y del matrimonio del último de los nombrados con Ana Pastora Abril Vargas; dichas certificaciones pretenden demostrar el parentesco legítimo de consanguinidad en línea colateral de los señores Edgar y José Libardo Llaín Carballo por ser hijos de los mismos padres, e igualmente el

parentesco en segundo grado de afinidad legítima (en línea transversal) entre Pastora Abril Vargas y José Libardo Llaín Carballo, por ser cónyuges entre sí.

"El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y en la sociedad; su asignación corresponde a la Ley (art. 1° Decreto 1260/70) y debe constar en el registro del estado civil (art. 101, Decreto 1260/70). Dentro de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas que deben ser inscritos en el respectivo registro, están el nacimiento y el matrimonio (art. 5° ibídem), el estado civil como el parentesco o relación que existe entre miembros de una misma familia, son hechos susceptibles de demostrarse con las correspondientes actas, pues sus copias expedidas legalmente son reproducciones del documento íntegro registrado con todos los datos e informaciones que lo componen, mientras que las certificaciones expedidas por Notario tan solo se refieren a determinados puntos de todos los que figuran en el documento respectivo, dejando de lado como ocurrió en este caso algunos de ellos.

"En términos del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se prueban con copia de la correspondiente partida o folio o con certificados expedidos con base en los mismos, pero, estos no determinan el estado civil propiamente dicho, ni la calidad de la filiación, dado su carácter meramente enunciativo; por ello, los certificados traídos al expediente tan solo indican —no prueban— que Edgar y José Libardo son hijos de José Llaín y Carmen Carballo. Los documentos referidos ni siquiera mencionan y menos pueden establecer la calidad de la filiación, es decir, si aquellos son hijos legítimos o extramatrimoniales reconocidos, pues, el primer caso supone la existencia de un matrimonio entre José Llaín y Carmen Carballo y si esa unión llegó a existir no fue probada en el proceso. Ahora bien, si fueran hijos reconocidos, la prueba de tal hecho tampoco fue aportada, toda vez que ella debía ser de tal calidad que demostrara sin lugar a dudas, la aceptación voluntaria de la condición de padre por parte de José Llaín.

"En estas condiciones, las certificaciones del registro de nacimiento de Edgar y José Libardo Llaín Carballo que obran a folios 28 y 43, y 29 y 41 del expediente, no demuestran que son hijos legítimos o extramatrimoniales de José Llaín y Carmen Carballo, como tampoco que son hermanos".

Como la situación en el presente juicio acumulado es la misma en cuanto al aspecto probatorio, la Sala llega a igual conclusión:

No aparece demostrado el alegado parentesco entre el elegido y el Consejero Comisarial.

Aparte de lo anterior, la Sala debe hacer las siguientes precisiones:

Tal como se dejó visto al comienzo, la inhabilidad se genera por el parentesco entre el elegido y quien, como funcionario público ejerza autoridad civil o política en la misma circunscripción.

Pues bien, el Decreto 2274 de 1991 (dictado en ejercicio de las facultades otorgadas por el art. 39 trans. de la C.N.) establece que los miembros de los Consejos intendenciales y comisariales estarán sujetos, entre otras, a las "demás disposiciones que rigen para los diputados".

Por su parte, el art. 299 de la CN establece que los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos.

Así las cosas si el régimen de los consejeros intendenciales y comisariales se asimila al del diputado y éste, según la disposición constitucional, no tendrá la calidad de funcionario público, no puede dicho consejero, como tal, ejercer la autoridad de que trata el art. 179-5 de la CN para los efectos de generarse la inhabilidad allí establecida.

En tales condiciones se concluye que el cargo debe recibir despacho desfavorable.

En este orden de ideas, las peticiones de las demandas acumuladas no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Deniégase las súplicas de las demandas acumuladas radicadas con los números 593 y 597.

Cópiese, notifíquese, en firme archívense las presentes diligencias y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión del día primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Mirén de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Eduardo Torres Escallón, Conjuez;

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

LIQUIDACION DE IMPUESTOS/TITULO EJECUTIVO

La liquidación de impuestos de industria y comercio y avisos, que en este caso sirvió de título ejecutivo, es una providencia de carácter administrativo, que conlleva ejecución, pues, la obligación clara, expresa y exigible contenida en ella permite demandar su cumplimiento por vía ejecutiva coactiva. La naturaleza que en este caso ostenta el título ejecutivo, limita las excepciones de fondo que pueden proponer a las señaladas taxativamente en el artículo 509 del C. de P.C. y ellas son: pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se base en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad en los casos del artículo 140-7-9 de la misma codificación y la de la pérdida de propuesta en el evento a estudio, no está comprendida dentro de las señaladas en el evento a estudio, no está comprendida dentro de las señaladas en el artículo 509.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Dra. Miren de La Lombana de Magyaroff*

Ref. Expediente No. 0179. Actor: D.C. SANTAFE DE BOGOTA C. WESTINGHOUSE INTERNATIONAL POWER SYSTEMS. Excepción de mérito.

Se resuelve la excepción de mérito propuesta por la parte ejecutada contra el mandamiento de pago librado por el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales el 27 de septiembre de 1991 (Fl. 8).

ANTECEDENTES

Mediante despacho fechado el 17 de septiembre de 1991, la Tesorería de Bogotá, de conformidad con lo ordenado por el Decreto No. 062 de 1989, comisiona al Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales, para que inicie, adelante y lleve hasta su terminación el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva contra WESTINGHOUSE INTERNATIONAL POWER SYSTEMS, por la mora en el pago del impuesto de industria, comercio y avisos por los años gravables 83-01 a 88-12 (diferencias y sanciones), determinado mediante liquidación oficial No. 3023, expedid el 15 de marzo de 1991 (Folio 1).

Con base en lo anterior, el 27 de septiembre de 1991, el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Tesorería Distrital y en contra de WESTINGHOUSE INTERNATIONAL POWER SYSTEMS, por la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CIENTO TREINTA Y CINCO PESOS M/CTE. ($3.482.135.oo), más los intereses y costas del proceso desde que se hizo exigible la obligación y hasta cuando se verifique su pago total (folio 8).

El 31 de octubre de 1991, el liquidador principal de la sucursal en Colombia de la sociedad mencionada, confiere poder amplio y suficiente a una profesional del derecho para que se notifique de la providencia mencionada en el punto anterior y para que los represente (folio 18).

El 31 de octubre de 1991, la apoderada se notifica del mandamiento de pago y ruega que se tenga en cuenta el memorial que aportó donde manifiesta que su poderdante presentó ante la Dirección Distrital de Impuestos de la Secretaría de Hacienda de Santafé de Bogotá, DC., recurso extraordinario de revocatoria directa contra la liquidación oficial de industria, comercio y avisos No. 3023 de 15 de marzo de 1991. Como en dicha fecha (octubre 31 de 1991) no se ha obtenido respuesta de la administración, por cuanto el recurso está surtiendo su trámite normal en esa entidad, solicita que se considere dentro del expediente este escrito, el texto y el acervo probatorio con el cual se sustenta el recurso, con el objeto de esperar el pronunciamiento sobre él. (Fls. 21 a 62).

Con escrito presentado el 18 de noviembre de 1991, propone la excepción denominada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION contenida en el mandamiento ejecutivo proferido por el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales, con base en los siguientes argumentos:

- Toda obligación que se pretenda hacer valer ante la jurisdicción debe tener como soporte la existencia de un derecho a favor de una persona y en contra de otra.

- El acreedor debe tener derecho su pago, lo cual no se configura en este proceso de ejecución, por lo cual, manifiesta que transcribe los argumentos que se presentaron frente a la Dirección Distrital de Impuestos, cuando se sustentó el recurso de revocatoria directa y que en síntesis, son los siguientes:

La Ley 14 de 1983 regula íntegramente la materia relativa al Impuesto de Industria y Comercio, el cual se define como un gravamen que recae sobre las actividades

industriales, comerciales y de servicios en favor de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá.

La sociedad WESTINGHOUSE INTERNATIONAL POWER SYSTEMS COMPANY ejecuta una actividad comercial de las identificadas con el código 204, cuya base impositiva es del 7 por mil mensual.

Sin embargo, se encuentra cobijada por la exención que al pago de dicho gravamen otorga el artículo 39, numeral 2o., literal b de la Ley 14 de 1983 a los artículos de producción nacional destinados a la exportación.

Lo anterior, en concordancia con el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 3070 de 1983 que exige para la procedencia del beneficio el formulario único de exportación y una certificación de la respectiva administración de aduana en el sentido de que dichas mercancías salieron, realmente, del país.

La sociedad de la referencia presentó en tiempo la declaración del Impuesto de Industria y Comercio y Avisos, por el año gravable de 1988, deduciendo por exportaciones efectuadas durante este año por ingresos por Plan Vallejo la suma de $152.754.364.00. La liquidación privada se efectuó con una base gravable anual de $1.320.957.00, para un pago de $12.778.00.

La liquidación oficial No. 3023 se produjo con una base gravable anual de $159.234.201.00 que obligan a la sociedad a pagar una suma de $3.482.135.00 por concepto de este impuesto y sanción, de manera injusta pues se cuenta con toda la documentación que los hace acreedores a la mencionada exención.

Como quiera que durante la visita llevada a cabo por el funcionario de la División de Investigación Tributaria se levantó el acta correspondiente y se dejó constancia de que faltaban algunos documentos pertinentes, se anexan para subsanar este defecto y se aclara que de hacerse efectivo el pago de la liquidación oficial se incurriría en el pago de lo no debido y se produciría un enriquecimiento sin causa para la administración, causando un agravio injustificado al patrimonio de la compañía.

Solicita se tengan como pruebas de la excepción propuesta, las siguientes:

- Las allegadas con el memorial presentado el 31 de octubre de 1991 y que obran a folios 37 y ss.

- Solicito oficiar a la Dirección Distrital de Impuestos de la Secretaría de Hacienda de Santafé de Bogotá, D.C., para que expida certificación sobre el estado en que se encuentra el recurso de revocatoria directa presentado por la sociedad, de fecha 6 de septiembre de 1991.

El Juzgado Segundo de Ejecuciones Fiscales, en auto fechado el 19 de noviembre de 1991, reconoció personería jurídica a la apoderada de la sociedad de la referencia y remitió el expediente al H. Consejo de Estado (Fl. 69).

Mediante auto de fecha 12 de febrero de 1992, este despacho ordenó la prueba solicitada por el excepcionante, la cual fue aportada al expediente (Fls. 79 a 84).

CONSIDERACIONES

El artículo 68 del CCA, en su numeral 3o., prevé que prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales a cargo de los contribuyentes, o las liquidaciones privadas que hayan quedado en firme, en aquellos tributos en los que su presentación sea obligatoria.

La liquidación oficial del impuesto de industria y comercio y avisos No. 3023, de marzo 15 de 1991, que obra a folio 5, que en este caso sirvió de título ejecutivo, es una providencia de carácter administrativo que conlleva ejecución, pues, la obligación clara, expresa y exigible contenida en ella permite demandar su cumplimiento por vía ejecutiva coactiva, de acuerdo a lo previsto en los artículos 68 del C.C.A. y 561-568 del C.P.C.

La naturaleza que en este caso ostenta el título ejecutivo, limita las excepciones de fondo que pueden proponer a las señaladas taxativamente en el artículo 509 del C. de PC, y ellas son: pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se base en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad los casos del artículo 140-7-9 de la misma codificación y la de pérdida de la cosa debida.

La excepción de inexistencia de la obligación propuesta en el evento a estudio, no está comprendida dentro de las señaladas en el artículo 509 referido, por lo cual deberá ser declarada improcedente.

No obstante lo anterior como en el curso del incidente se allegó copia de la Resolución No. 0093 de 13 de febrero de 1992 que modificó la No. 3023 de 1991 en el sentido de establecer como diferencias a favor de la tesorería y sanciones un total de ochocientos veintitrés mil quinientos once pesos ($823.511.oo) M/Cte., es procedente con base en la competencia que tiene la Sala en esta etapa procesal, ordenar que la ejecución continúe por la suma establecida en la resolución mediante la cual se desató la revocatoria directa.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. Declárase improcedente la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la parte ejecutada.

2o. Continúe la ejecución por la suma de ochocientos veintitrés mil quinientos once pesos ($823.511.oo) M/Cte., conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase a la oficina de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la sala en su sesión del 26 de octubre de 1992.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Mirén de La Lombana de Magyaroff; Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

CONTRATO DE SEGUROS/INTERES MORATORIO

Tanto la póliza como la resolución que ordenó hacerla efectiva y la que liquidó el contrato se produjeron antes de la expedición de la Ley 45 de 1990, en consecuencia debieron aplicarse las disposiciones que se encontraban vigentes para la época, pues aún cuando el artículo 38 de la Ley 153 contempla dos excepciones, ninguna de ellas tiene relación con el caso sub-judice ya que la oportunidad para el pago de indemnizaciones surgidas de los contratos, es un aspecto atinente a las obligaciones que del convenio pueden surgir para las partes y no con las disposiciones que deban aplicarse para reclamarlas; tampoco en este caso se analiza ninguna infracción a las estipulaciones que obligara a la aplicación de la segunda excepción. En consecuencia, la disposición vigente era el artículo 1080 del Código de Comercio para los efectos que se analizan. La fecha en la cual se requirió a la ejecutada fue el 25 de julio de 1990 la norma vigente era el articulo 1080 del Código de Comercio, por lo cual debe correr el término de los sesenta días que allí se establece para comenzar a contar la mora. El artículo 1080 del C. de Co. es la norma vigente para establecer en el presente caso el porcentaje al cual deben calcularse los intereses, que en consecuencia es del 18 anual. De lo anterior se sigue que el mandamiento ejecutivo debe modificarse en relación con los intereses que allí se exigen en el sentido de que los mismos deben liquidarse pasados sesenta días del 25 de julio de 1990 a la tasa del 18 anual, todo conforme a lo previsto en el artículo 1080 del C. de Co.

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.*Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Dra. Mirén de La Lombana de Magyaroff*

Ref.: Expediente No. 0223. Actor: *Departamento de Antioquia / Compañia Seguros del Estado S.a.*

Se decide el recurso de apelación presentado por el apoderado de la Compañía Seguros del Estado S.A., contra el auto mandamiento de pago de noviembre 27 de 1991 (folio 45), proferido por el Juzgado Departamental de Ejecuciones de Antioquia.

ANTECEDENTES

A folio 1 aparece el contrato No. SBU-005-89, suscrito entre el departamento de Antioquia-Servicio Seccional de Salud y la firma INGENIERIA SANITARIA Y CIVIL LTDA. -ISC-, que tenía por objeto la construcción de la Planta de Tratamiento del Acueducto Urbano del Carmen de Viboral.

A folio 9 aparece la aprobación de la fianza, expedida por la Contraloría General de Antioquia, fechada el 11-09-89. La entidad asegurada es el departamento de Antioquia y el afianzado es Ingeniería Sanitaria y Civil Ltda., por un valor de $67.121.900.oo. La constitución se efectuó el 21-09-89 y vence el 21-07-90.

El 27 de abril de 1990, la Gobernación del departamento de Antioquia expidió la resolución No. 0208, por medio de la cual declaró la caducidad administrativa del contrato suscrito con la firma I.S.C. (Ingeniería Sanitaria y Civil Ltda.) por incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales (Fl. 16).

Contra esta resolución se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto y denegado por resolución No. 0324 de junio 27 de 1990, quedando confirmada en todas sus partes la Resolución No. 0208/90 y agotada la vía gubernativa.

El Jefe de Servicio Seccional de Salud de Antioquia comunica al Gerente de Seguros del Estado que la Resolución No. 0324/90 se encuentra debidamente ejecutoriada; que en ella se ordena hacer efectivas la garantía de cumplimiento y la cláusula penal estipulada en el contrato que se encuentran amparadas por la póliza No. 9176427, por lo cual debe proceder de acuerdo a lo establecido en los actos administrativos citados (Fl. 21).

El gobernado de Antioquia, por medio de la Resolución 3583 de octubre 24 de 1990 liquidó el contrato No. SBU-05-89 suscrito con la firma I.S.C. Ltda. (Fl. 22).

El 19 de noviembre de 1990 se fija el edicto y se desfija el 30 del mismo mes y año (Folio 26).

El 27 de noviembre de 1991, el Juzgado Departamental de Ejecuciones de Antioquia libro mandamiento de pago ejecutivo por la vía de la jurisdicción coactiva en favor del Departamento de Antioquia y en contra de Seguros del Estado S.A., por la suma de $16.780.475.oo, amparada mediante la póliza No. 9176427 que cubre tanto el cumplimiento del contrato en cuantía de $10.068.285.oo como la cláusula penal por valor de $6.712.190.oo, más los intereses de mora a la tasa del 65.85% anual fijada por la Superintendencia Bancaria en la Resolución No.714 de marzo de 1991, liquidables desde el 25 de agosto de 1990, de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio (Folio 45).

El 21 de enero de 1992 se notificó al representante legal de la Compañía Seguros del Estado (Folio 50), y éste mediante apoderado interpuso recurso de reposición, y en subsidio apelación contra el auto de 27 de noviembre de 1991 a fin de que se revoque, con base en los siguientes argumentos: (Fls. 52 a 57)

1. Ausencia de título ejecutivo en relación con la suma de $10.068.285.oo.

El mandamiento de pago se dictó por un total de $16.780.475.oo, discriminados en $6.712.190.oo, por concepto de cláusula penal y, $10.068.285.oo, por concepto de valor de seguros de cumplimiento; dichos valores corresponden a los límites asegurados mediante póliza EO-9176427, expedida por Seguros del Estado S.A., a favor del Servicio Seccional de Salud, para garantizar las obligaciones del contratista, valores que aparecen en la Resolución que

declaro la caducidad de contrato y ordenó hacer efectiva la póliza (0208/90), aspectos sobre los cuales nada dice la resolución que liquidó el contrato, por lo cual, considera, que para efectos de esa materia, sólo puede tenerse en cuenta la Resolución 0208 citada.

Sostiene además, que por mandato del artículo 73 del Decreto 22/83, la Resolución que decreta la caducidad o incumplimiento de un contrato presta mérito ejecutivo, exclusivamente, en relación con la cláusula penal y para el caso respecto de la suma de $6.712.190.oo. Significa lo anterior, que cuando la Resolución menciona que debe hacer efectiva la póliza de cumplimiento sin indicar que sea por vía de jurisdicción coactiva, ha de entenderse que deberá hacerse efectiva por los procedimientos consagrados en la ley, es decir por la vía ejecutiva fiscal y por la vía ordinaria el valor asegurado bajo el amparo del cumplimiento del contrato, es decir, $10.068.285.oo.

2. Error en la época de la exigibilidad de la obligación.

Por una doble razón, el mandamiento de pago incurre en equivocación al señalar como fecha a partir de la cual se hizo exigible la obligación y se han de cobrar intereses moratorios el 25 de agosto de 1990, a saber:

-El término a partir del cual se cobran intereses de mora a la Aseguradora, en aquellas indemnizaciones a su cargo causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1990, es de dos meses como lo establecía el artículo 1080 del Código de Comercio y no de un mes como lo señaló el artículo 83 de la citada ley.

En este caso, la póliza No.9176427, la Resolución que ordenó su efectividad, la que confirmó esta decisión, el requerimiento del Jefe de Salud de Antioquia y la Resolución No. 3583 de 24 de octubre de 1990, se produjeron con anterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1990, por lo cual, las reformas introducidas no le son aplicables. (Artículo 38, Ley 153/87).

- Según manifiesta la parte motiva del mandamiento de pago, la Resolución mediante la cual se aprobó la liquidación del contrato forma parte del título ejecutivo, la cual fue seguida del requerimiento para el pago, que es el documento que el Juzgado

consideró como el que había que tenerse en cuenta para computar el término para el pago señalado en la ley, el cual fue remitido el 7 de diciembre de 1990 (Oficio 34246).

Concluyendo, que el término a partir del cual ha de computarse la mora es de dos meses y a partir del 7 de diciembre de 1990, es decir, que los intereses se hacen exigibles a partir del 5 de marzo de 1991, por cuanto los sesenta días se reputan hábiles.

- Violación de la ley en cuanto a la tasa de intereses impuesta.

El mandamiento de pago menciona que la tasa de interés moratorio es del 65,85% anual, que corresponde a la más autorizada por la ley, conforme al artículo 1080 del Código de Comercio, pero se está refiriendo a la norma como fue reformada por el artículo 83 de la ley 45 de 1990, que como ya se dijo no es aplicable al presente asunto.

De lo anterior se infiere que la tasa de interés aplicable a la presente obligación es del 18% anual, como la señala el artículo 1080 del Código de Comercio, antes de la reforma mencionada.

Por auto de 11 de febrero de 1992, el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Antioquia resolvió modificar el mandamiento de pago, en lo que hace referencia a la tasa de intereses, los cuales se liquidarán al 18% entre el 25 de agosto y el 18 de diciembre de 1990 y al 65% anual desde el 19 de diciembre de 1990 hasta la satisfacción de la obligación (Fls. 65 a 72).

CONSIDERACIONES

1. Conforme lo exige el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de apelación fue interpuesto oportunamente, dentro de los tres días siguientes al de la notificación del mandamiento de pago.

2. El artículo 68 del C.C.A. dispone:

> "...Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:
>
> "...
>
> "4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de las entidades públicas, que integrarán titulo ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o, con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso."

La norma anteriormente transcrita no admite duda alguna en relación con el mérito ejecutivo que tienen los documentos que en este proceso sirvieron de titulo integrado y no constituye prerrogativa de la demandada señalar cuál de ellos debe excluirse o tenerse en cuenta, ni cuál debe ser reclamado por la vía ejecutiva ordinaria o por la vía fiscal.

Ahora bien, la providencia mediante la cual se agotó la vía gubernativa se encuentra ejecutoriada por lo cual el mandamiento ejecutivo se halla dictado conforme a derecho y, por lo mismo, por este aspecto debe sostenerse.

Las demás razones expuestas por la parte ejecutada en este punto, contrariamente a lo afirmado por ella, constituyen aspectos que han debido alegarse en la vía gubernativa (artículo 561 del C.C.A.) y no en ésta, jurisdiccional, son motivos suficientes para desestimar el primer argumento de la apelación.

3. La Sala examinará a continuación si para dictar el mandamiento ejecutivo debió darse aplicación al artículo 1080 del Código de Comercio o a la Ley 45 de 1990.

El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 expresa:

> "... En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.
>
> "Exceptúanse de esta disposición:
>
> "1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato.
>
> ". Las que señalen penas para el caso de infracción de los estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido."

Como lo observa el apelante, en este caso, tanto la póliza como la resolución que ordenó hacerla efectiva y la que liquidó el contrato se produjeron antes de la expedición de la Ley 45/90, en consecuencia debieron aplicarse las disposiciones que se encontraban vigentes para la época, pues aún cuando la norma transcrita contempla dos excepciones, ninguna de ellas tiene relación con el caso subjudice ya que la oportunidad para el pago de indemnizaciones surgidas de los contratos, es un aspecto atinente a las obligaciones que del convenio pueden surgir para las partes y no con las disposiciones que deban aplicarse para reclamarlas (num. prim.); tampoco en este caso, se analiza ninguna infracción a las estipulaciones que obligará a la aplicación de la segunda excepción.

En consecuencia, la disposición vigente era el artículo 1080 del Código de Comercio para los efectos que se analizan.

Sentado lo anterior se procede a verificar en concreto los aspectos impugnados:

a) Fecha desde la cual se generan los intereses de mora:

En realidad, como lo dice el a-quo, la fecha en la cual se requirió a la ejecutada fue el 25 de julio de 1990 (ver folio 21); ninguno de los oficios de las fechas citadas por la parte apelante contienen requerimiento alguno para ella.

Pero, se observa también, el 25 de julio de 1990 la norma vigente era el artículo 1080 del Código de Comercio, como ya se dijo, por lo cual debe correr el término de los sesenta días que allí se establece para comenzar a contar la mora, conforme a las consideraciones iniciales.

b) Tasa de liquidación:

La misma disposición antes citada (Artículo 1080 del Código de comercio) es la vigente para establecer en el presente caso el porcentaje al cual deben calcularse los intereses, según lo dicho al comienzo; que, en consecuencia, es del 18% anual.

De lo anterior se sigue que el mandamiento ejecutivo debe modificarse en relación con los intereses que allí se exigen en el sentido de que los mismos deben liquidarse pasados sesenta días del 25 de julio de 1990 a la tasa del 18% anual, todo conforme a lo previsto en el artículo 1080 del Código de Comercio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE :

1. Modificar el numeral primero de la parte resolutiva del mandamiento de pago impugnado en el sentido de que los intereses comienzan a calcularse sesenta días después del requerimiento de fecha 25 de julio de 1990 a una tasa del 18% anual.

2. Confirmar en todo lo demás la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase a la oficina de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Mirén de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

CONGRESISTA-Inhabilidades

La prohibición de que trata el segundo inciso del artículo transitorio 2o. de la Constitución Nacional de 1886, se refiere aquellas personas que siendo funcionarios de la rama ejecutiva "... no hubieran renunciado a su cargo antes del 14 de junio de 1991". En el caso en estudio no está demostrado que la demandada hubiera sido funcionaria de la rama ejecutiva con posterioridad a la fecha indicada. Y no es cierto que la inhabilidad de que trata dicho canon constitucional cobija a los parientes del funcionario de la rama ejecutiva candidatos a las elecciones generales convocadas para el 27 de octubre de 1991, conforme al artículo transitorio 1o. de la Carta Política. Se refiere esa inhabilidad únicamente a quienes siendo funcionarios de la rama ejecutiva, con posterioridad al 14 de junio de 1991 pretendieron ser candidatos al Congreso de la República.

NOTARIO/AUTORIDAD CIVIL-Improcedencia

A tenor del artículo 2o. del Decreto 960 de 1970, llamado Estatuto del Notariado "la función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y no puede ejercerse sino dentro de los límites territoriales del respectivo círculo de notaría". Y como se desprende del contenido del artículo 3o. del mismo decreto, la función notarial se reduce a dar fe de todos aquellos actos que requieren la intervención del notario, con o sin su presencia física. Si por disposición legal la función notarial no es compatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción, no se ve como el desempeño del cargo de notario implique tal ejercicio. De otra parte, las nuevas atribuciones otorgadas a los notarios en los Decretos 902, 999, 2458 y 2668 de 1988, y 1534, 1536, 1555, 1556, 1557, 1712, 1900 y 1729 de 1989, en manera alguna conllevan ejercicio de autoridad civil o jurisdiccional, porque para la celebración de los actos correspondientes no ejerce el notario poder alguno puesto que se trata de refrendar actos voluntarios de las partes, limitándose el notario a dar fe de lo probado con la confección de la escritura pública correspondiente, como en el caso de la participación o

adjudicación de la herencia o de la liquidación de la sociedad conyugal. Es decir, que en estos casos los notarios se limitan a refrendar la voluntad de las partes, dejando constancia de ello en el correspondiente instrumento público. Tampoco se trata de decisiones jurisdiccionales porque como claramente se desprende del artículo 116 de la Carta Política, los notarios no administran justicia, ni hasta el momento la ley les ha atribuido función jurisdiccional. Las atribuciones dadas a los notarios en los decretos atrás mencionados no los habilitan para juzgar el derecho sino simplemente para registrar el cumplimiento de la voluntad de las partes interesadas una vez llenados los requisitos formales correspondientes.

PARENTESCO-Prueba.

TESIS: Para la fecha en que la demandada aportó acta o partida de nacimiento canónica expedida por la parroquia del municipio, ya se encontraba con vigencia la Ley 92 de 1938 que hizo obligatorio el registro civil de nacimiento. Así las cosas, para demostrar el parentesco de hermanos legítimos debió acompañar la prueba del registro civil de nacimiento y la partida de matrimonio de los padres. Razón tiene la Procuraduría Delegada en lo Contencioso cuando advierte esta falla probatoria e invoca reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

CONGRESISTA/CANDIDATO-Identificación.

TESIS: A tenor del artículo 7o. del Acto Constituyente No. 2 de 1991, era necesario para la inscripción de listas de candidatos para ser senador, representante o gobernador, haber dado cumplimiento "... al requisito de proclamación de candidatos", requisito éste que no es otro distinto al de acreditar mediante el correspondiente aval dado por el partido o movimiento político que la lista de candidatos pertenece o representa al partido, grupo o movimiento político. Como de acuerdo con el documento atrás citado la demandada inscribió su candidatura identificándose con su cédula de ciudadanía, no cabe duda que la elección de representante a la Cámara recayó en persona así identificada. Como la cédula de ciudadanía es un documento para cuya expedición, de acuerdo con la Ley 96 de 1985 es necesario acreditar la identidad personal, mediante la presentación ante el registrador del estado civil o su delegado, el registro civil de nacimiento para las personas nacidas a partir de la vigencia de la ley 92 de 1938 y de la copia de la partida eclesiástica de bautismo para los nacidos con anterioridad, es obvio que quien posea cédula de ciudadanía ha acreditado o demostrado su identidad personal. En este caso concreto está demostrado que la persona elegida como representante a la Cámara, cuyo acto declaratorio de elección pretende anularse, es la demandada, quien se identifica con su cédula. Es decir que la elección no recayó en persona distinta a aquella que se inscribió ante la Registraduría Nacional del Estado Civil

como candidato a congresista para las elecciones celebradas el 27 de octubre de 1991. Además, este cargo tampoco prosperaría porque el hecho sobre el cual está basado no está incluido entre las causales de nulidad que contempla el artículo 223 del C.C.A.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Ref. Expediente Nº 0600. ACTOR: *Jairo Arbeláez Arias*

Procede la sección quinta de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado a proferir sentencia de única instancia en el proceso incoado con base en la demanda por medio de la cual se impugna la validez del acto administrativo que declaró elegida representante a la Cámara a la señora Lucelly García de Montoya, para el período constitucional de diciembre 1º de 1991 a julio 19 de 1994.

I. ANTECEDENTES

La demanda

En su condición de ciudadano colombiano y en ejercicio de la acción pública electoral el señor Jairo Arbeláez Arias pidió la declaratoria de nulidad del acto por medio del cual fue declarada elegida representante a la Cámara por la circunscripción electoral del departamento del Quindío la señora Lucelly García de Montoya, para el período que va del 1º de diciembre de 1991 al 19 de julio de 1994. Pidió también se declare la nulidad de la credencial expedida con base en la declaratoria de elección, y se declare elegido "... quien encabece la lista inscrita que no hubiese sido elegida y que le siga en número de votos a la última elegida, expidiéndose la respectiva credencial al titular de esa cabeza de lista".

Invocó como normas violadas con la expedición del acto impugnado los artículos 110 de la Constitución Política de 1886, 2º, 4º, inciso segundo, 6º, 95, 179 numerales 2, 3 y 5 y artículo 2º transitorio, todos de la Constitución Política de 1991. También el artículo 223, numeral 5, del Código Contencioso Administrativo.

Como concepto de la violación expuso el demandante:

1. Como las señoras Ruby García Tobón o Ruby García de Gil y Lucelly García de Montoya o María Lucelia García Tobón son hermanas legítimas, la segunda era inhábil para ser elegida representante a la Cámara por así disponerlo el artículo 179, numeral 5, de la Constitución Política. En este caso la hermana legítima de la elegida representante a la Cámara para el 14 de junio de 1991 desempeñaba el cargo de "...Alcaldesa municipal" de Calarcá en el departamento del Quindío, y como a tenor del segundo inciso del artículo transitorio 2º de la misma Constitución para esa fecha

—14 de junio— no había renunciado, su hermana Lucelly García de Tobón era inelegible.

2. El señor Elkin Jaime García Tobón y la señora Lucelly García de Montoya son hermanos legítimos. Como no obstante ejercer aquél en el cargo de notario primero de Calarcá autoridad civil su hermana fue elegida representante a la Cámara, esa elección no era posible por ser inelegible conforme al numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Nacional.

3. Como la señora Lucelly García de Montoya ejerció la presidencia de la Casa de la Cultura de Calarcá "... hasta el mes de octubre de 1991, es decir, hasta pocos días antes de las elecciones..." y dicha Casa de la Cultura recibió auxilios del municipio de Calarcá y transferencias permanentes, siendo ella presidente, a tenor del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución era inelegible.

4. La señora Lucelly García de Montoya "... gestionó ante la gobernación del Quindío, dos (2) auxilios por las sumas de SIETE MILLONES DE PESOS ($7.000.000.oo) y VEINTICINCO MILLONES DE PESOS ($25.000.000.oo), respectivamente, con destino a la Fundación `JUNTA DE ACCION SOCIAL DE VIVIENDA DEL QUINDIO'", lo que reconoció públicamente por la Cadena Uno (1) de televisión, en el Noticiero de las Siete, dinero que afirmó le sirvió para comprar "... una finquita muy linda para adelantar mis programas de gobierno...". Aunque la señora García de Montoya no aparezca como representante legal de la entidad beneficiada "... es claro que gestionó auxilios y que los recibió, como lo expresa en el medio informativo señalado". Esa situación le impedía ser congresista conforme a lo dispuesto en el artículo 179, numeral 3, de la Constitución Nacional.

5. Como de acuerdo con la prueba "... el nombre original de la parlamentaria electa, es `MARIA LUCELIA GARCIA TOBON'" y la elección se hizo a "LUCELLY GARCIA DE MONTOYA", la elección sería nula por haberse efectuado en persona distinta, si es que el cambio de nombre no se hizo de acuerdo con la ley.

6. "... la demandada violó otros preceptos constitucionales como el artículo 110, de la Constitución de 1886, vigente entonces, ya que, siendo miembro del Congreso por haber sido elegida en 1990, gestionó auxilios, pues debe tenerse en cuenta que la Asamblea Constitucional sólo declaró en receso al congreso y en consecuencia la investidura de parlamentarios sólo podría decirse que termina el 30 de noviembre de 1991...". Como consecuencia fue violado el artículo 2° de la Constitución vigente, en cuanto la mencionada señora incumplió el deber de acatar la Constitución y las leyes. También el artículo 6° en concordancia con el artículo 95 por las mismas razones.

Contestación de la demanda

Como terceros intervinientes impugnaron la demanda los ciudadanos Alberto Restrepo Jaramillo (fls. 73 a 81) y Diego Osorio Gómez (fls. 91 a 97), quienes se opusieron a la prosperidad de la misma y propusieron excepciones por indebida acumulación de pretensiones, indebida presentación de la demanda y por inexistencia de las inhabilidades constitucionales y legales aducidas por el demandante.

Admitidos como partes los terceros intervinientes y resuelto el incidente de nulidad propuesto por estos y decidido el recurso de súplica propuesto contra el auto que la denegó, la demandada contestó por medio de apoderado oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Agotado el término probatorio alegaron de conclusión el demandante, ratificándose en su demanda, y la demandada. El apoderado de la misma sustituyó el poder al doctor Manuel Charry Urueña.

El demandante se ratifica en sus pretensiones y aduce que la elegida lo fue con violación de las disposiciones constitucionales y legales citadas en el libelo. En efecto, dice, que el hecho de haber sido elegida representante a la Cámara cuando sus hermanos legítimos Ruby García Tobón y Elkin Jaime García Tobón desempeñaban cargos en la administración pública, como "alcaldesa" del municipio de Calarcá la primera y como Notario Primero del Círculo de la misma ciudad el segundo, cargos que conllevan el ejercicio de autoridad política y civil, constituye violación de los artículos 179, numeral 5 y segundo transitorio de la Constitución Nacional.

Igualmente, con su declaratoria de elección se violó el artículo 179, numeral 3, de la Constitución Política, porque gestionó y recibió durante el mes de mayo de 1991, a través de la Fundación Junta de Acción Social de Vivienda del Quindío, auxilios por valor de treinta y dos millones de pesos ($32.000.000.oo).

Además, siendo miembro del Congreso de la República llevó como presidenta de la Casa de la Cultura Antonio Cardonaa Jaramillo del municipio de Calarcá hasta octubre de 1991 la representación de dicha institución, que recibió auxilios y transferencias de dineros, como ella misma lo confesó en declaraciones a noticiero de la cadena Uno de la televisión nacional. Por esa razón se violó el artículo 179, numeral 3 de la Constitución pues administró tributos o contribuciones parafiscales dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección. Además, el hecho de que el Congreso estuviera en receso por virtud de lo dispuesto en el artículo transitorio 3° de la Constitución Nacional no significó que la señora Lucelly García de Montoya perdiera la calidad de parlamentaria, calidad que le impedía llevar a cabo esas actividades por ser incompatibles precisamente con la calidad de congresista.

La parte demandada en su alegato de conclusión pone de presente que la inhabilidad para ser candidato al Congreso en las elecciones convocadas para el 27 de octubre de 1991, establecida en el segundo inciso del artículo transitorio 2° de la Constitución Nacional, se refiere precisamente a los candidatos no a los familiares de los candidatos. Que esta inhabilidad es bien distinta de la consagrada en el numeral 2 del artículo 179 de la misma Constitución. Que, en consecuencia, el hecho de que parientes de los candidatos, que ocupaban cargos en la rama ejecutiva, no hubieran renunciado antes del 14 de junio de 1991, no supone inhabilidad para que estos pudieran ser elegidos.

Por lo que hace a la supuesta inhabilidad de que trata el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, indica: la hermana de la demandada, señora Ruby García, renunció al cargo de alcaldesa del municipio de Calarcá, renuncia que le fue aceptada por decreto 278 de julio 4 de 1991, es decir con antelación a la fecha de la celebración del certamen electoral. La Constitución consagra la inhabilidad para el momento de

la elección, sin señalar "...período alguno anterior" a la misma. Y como la Constitución no puede aplicarse en forma retroactiva, no puede hablarse de la existencia de la inhabilidad.

En lo tocante con el hecho de que el hermano de la elegida, Elkin Jaime García Tobón, a la fecha de los comicios ocupara el cargo de Notario, no se da la inhabilidad porque a tenor del artículo 2 del Decreto 960 de 1970, los Notarios no ejercen autoridad o jurisdicción; y el hecho de que den fe de la celebración de actos que con anterioridad fueron de competencia de autoridades jurisdiccionales no significa que actualmente ejerzan funciones jurisdiccionales. Por esa razón no se da el motivo de inhabilidad predicado con base en el numeral 5° del artículo 179 de la Carta Política.

Sobre la inhabilidad consagrada en el numeral 3 del mencionado artículo 179 de la Constitución, consistente en que "... se desempeñó como representante legal de la Casa de la Cultura de Calarcá y como tal administró tributos o contribuciones parafiscales dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección", afirma el representante legal de la demandada que la mencionada entidad es fundación de carácter privado sin ánimo de lucro y que si bien es cierto ha recibido auxilios para la promoción de la educación, que es su objeto social, la demandada "... no administró tributos o contribuciones parafiscales", los cuales independientemente de su origen fueron destinados, que no administrados, al mantenimiento, reparación y dotación o gastos de funcionamiento. Y que la demandada jamás los administró ni los manejó porque nunca fue empleada de manejo de la Casa de la Cultura, como está demostrado en el proceso, siendo los únicos empleados de manejo los tesoreros. No existe en la documentación que obra en el proceso como prueba "... una sola orden de pago firmada por mi poderdante recibiendo las sumas que se dicen fueron giradas... o recibo alguno que evidencie la supuesta administración endilgada como motivo de inhabilidad".

Sobre la gestión y recibo de auxilios otorgados a la Junta de Acción Social de Vivienda del Quindío, la demandada Lucelly García de Montoya "... no ha sido representante legal, ni miembro de la Junta Directiva de dicha entidad y por tanto no tiene por qué responder frente al manejo de dineros de una institución que no preside, máxime cuando no es cierto que haya sido gestora de los auxilios o los haya recibido".

No existiendo prueba que demuestre lo contrario no se da la inhabilidad pretendida con base en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política.

Por lo que hace la "INHABILIDAD DERIVADA DEL 'NOMBRE'", tampoco se da porque la demandada "... se identifica como LUCELLY GARCIA DE MONTOYA de conformidad con su cédula de ciudadanía, de esa forma fue inscrita y la votación se realizó por su nombre tal como se ha indicado. Basta pues que se haya efectuado la inscripción y elección conforme al nombre que le aparece en la cédula de ciudadanía, que es documento público válido como prueba plena de los datos que contiene". Las incorrecciones en las partidas eclesiásticas o en el registro civil son subsanales en todo tiempo, lo que tiene importancia es que haya "... identidad plena de la persona de quien se trata, pues de lo contrario no pudiera haberse efectuado la posesión del cargo".

Como excepciones propone la de habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde (art. 97,8 C. de P.C.), pues por tratarse de violación del régimen de inhabilidades debió darse aplicación al artículo 184 de la Constitución Nacional para declarar la desinvestidura.

La de inepta demanda porque no se individualizó el acto demandado, con desconocimiento de la preceptiva del artículo 299 del C.C.A. También porque no se acompañó copia auténtica del acto acusado, limitándose en el capítulo de pruebas a pedir que se solicitara, sin expresarse bajo juramento que la copia le fue negada.

Por último invoca como excepción l "inexistencia de las causales alegadas", porque no se encuentran demostradas en el proceso.

II. EL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto de fondo la señora procuradora Octava Delegada en lo contencioso opina que deben denegarse las pretensiones de la demanda.

Al referirse a las excepciones manifiesta que de la lectura de la demanda y de las pruebas que se acompañaron a ella aparece que el acto demandado sí fue individualizado, toda vez que en el libelo se pide se declare nula la elección y el acto declaratorio de la misma, para lo cual se acompañó el acta parcial de escrutinios que contiene la declaratoria de elección de la demandada como representante a la Cámara.

La indebida acumulación de pretensiones no se da porque la principal está dirigida a que se declare nulo el acto declaratorio de la elección, y "como pretensión consecuencial" la declaratoria de elección de quien encabeza la lista inscrita que no hubiere sido elegido y le siga en número de votos. No debe prosperar esta excepción porque la consecuencia inevitable de la declaratoria de nulidad del acto de elección en estos casos "... no es otra que la de acceder al cargo quien corresponda de acuerdo con los mencionados artículos 134 y 261 de la Constitución Nacional", como lo advirtió esta sección quinta en providencia de 12 de febrero del año en curso. Así las cosas, no hay acumulación de la acción electoral con la de restablecimiento del derecho.

La excepción de "trámite inadecuado" tampoco debe prosperar porque como lo que se pretende es la declaratoria de nulidad de una elección a la cámara de representantes, con base en cargos por motivos de inelegibilidad lo procedente es el proceso electoral. La pérdida de la investidura se refiere a quien ostentando la investidura incurre en motivos de inhabilidad, incompatibilidad, etc. En cambio la acción pública electoral se ejercita cuando el motivo de nulidad existe con anterioridad a la elección. No debe en consecuencia prosperar.

Respecto del primer cargo que formula el demandante, con base en el segundo inciso del artículo 2° transitorio de la Constitución Nacional, consistente en que la hermana legítima Ruby García Tobón de la demandada Lucelly García de Montoya para el 14 de junio de 1991 no había renunciado al cargo de alcaldesa del municipio de Calarcá perteneciente a la rama ejecutiva, es inhabilidad que se predica de los candidatos o miembros del Congreso que desempeñaban cargos en la rama ejecutiva, no a sus parientes candidatos a ser elegidos congresistas, situación bien diferente de

la que se desprende del numeral 5° del artículo 179 de la misma Constitución. No se da, por consiguiente, en este caso esa inhabilidad.

Sobre la inhabilidad proveniente del hecho de que el hermano legítimo de la demandada, señor Elkin García Tobón, se desempeñaba como notario al momento de la elección de su hermana, inhabilidad definida en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Nacional, el parentesco no fue demostrado porque "para comprobar el estado civil de hijo legítimo, como exhaustivamente lo ha dicho la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, debe allegarse, no solo la partida de nacimiento del hijo, sino igualmente la partida de matrimonio de los padres, pues al faltar ésta no se puede dar existente la filiación legítima con la sola partida de nacimiento". En este caso no se allegó dicha partida de matrimonio por lo que no está demostrado el parentesco. De todas maneras a partir de la vigencia del Decreto 1260 de 1970 no es posible acreditar el estado civil con pruebas supletorias. Y el hecho de que la demandada haya aceptado el parentesco con Elkin Jaime García no prueba tal parentesco habida cuenta de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 195 del C. de P.C. En consecuencia este cargo no prospera.

El tercer cargo, consistente en que la elegida estaba inhabilitada conforme a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Nacional, porque como presidenta de la Casa de la Cultura Antonio Cardona Jaramillo, institución sin ánimo de lucro de carácter cultural administró dentro de los seis meses anteriores a la fecha de su elección dineros aportados por el municipio de Calarcá en cuantía de $6.786.291.06, tampoco prospera porque dicha institución, de cuerdo con sus estatutos "... no administra tributos ni contribuciones parafiscales, ni este hecho se probó por otro medio, además según el artículo 29 de aquella los auxilios nacionales, departamentales y municipales, son percibidos con destino a la institución".

Por lo que hace ala cargo en el sentido de que estaba inhabilitada para ser elegida de acuerdo con el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución, porque la demandada gestionó y obtuvo por intermedio de la Junta Social de Vivienda del Quindío auxilios por valor de $32.000.000.oo de pesos, lo cual aceptó la misma demandada durante entrevista que el 22 de octubre de 1991 fue hecha pública en el noticiero de las siete de la noche en la primera cadena de televisión, entrevista durante la cual declaró haberse comprado con los auxilios "... una finquita muy linda para emprender sus obras de gobierno", no prospera porque no habiendo sido la demandada representante legal de la junta social de la mencionada institución, ni haber sido ésta miembro de su junta directiva, ni tesorera, no se ve como "... hubiera gestionado los auxilios ante la gobernación del Quindío". Por este aspecto no está probada la inhabilidad, en cambio sí que recibió el auxilio de $25.000.000.oo la institución por medio de su tesorero y que la suma se invirtió de acuerdo con el objeto social de la fundación.

La prueba consistente en que el interrogatorio de parte la demandada expresara si era cierto el contenido de un video cassette que al efecto aportó como prueba el demandante, de la entrevista que se hizo pública en el Noticiero de las Siete que por la cadena UNO de televisión se transmitió el día 22 de octubre de 1991, no produjo el resultado buscado porque al no concurrir la demandante a la diligencia, acogiéndose

a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Nacional, cabía "... la prueba técnica con intervención de peritos sobre la grabación, para que ésta tuviera valor probatorio". Por esas razones no prospera este cargo.

Por último, al referirse al cargo consistente en que la elección se efectuó en persona distinta de quien fue candidata, resultó posteriormente elegida a la Cámara y es persona distinta a la que se posesionó, el hecho no es causal de inhabilidad porque no aparece como tal en el artículo 179 de la Constitución Nacional. No debe prosperar.

La presunta violación de los artículos 110 de la Constitución de 1886, 2, 4, 6 y 95 de la Constitución de 1991 y del artículo 223 del C.C.A., numeral 5, es cuestión que no tiene "ninguna relación con los cargos imputados en la demanda...", lo cual la releva de todo análisis.

Como la Sala es competente para conocer de este proceso en única instancia y por otra parte no aparece motivo que dé lugar a invalidar la actuación, procede a dictar sentencia previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Ante todo la Sala se ocupará de resolver las excepciones propuestas, pues de prosperar una cualquiera de ellas no habría lugar a decidir sobre la legalidad del acto declaratorio de elección, objeto del ejercicio de la acción pública electoral en este caso.

1.- Ineptitud de la demanda. La demanda es inepta porque omitió individualizar el acto demandado, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 229 del C.C.A.

El artículo 138 del C.C.A. dispone que cuando "... se demanda la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión". Y cuando se pretende obtener "... la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara...", como lo prescribe el artículo 229 del mismo Código.

En el sub-lite la Sala encuentra que el demandante pidió en el capítulo correspondiente del libelo (fl. 56), entre otros, el siguiente pronunciamiento: "Que es nula la elección y el acto por el cual así se declaró, hecha a Lucelly García de Montoya como representante a la Cámara, por la circunscripción electoral del departamento del Quindío, ... contenida en el `Acta parcial de escrutinio de los votos para: Cámara y declaratoria de elección', del formato E28, hoja número 4 de 3 de noviembre de 1991, suscrita por los Delegados del Consejo Nacional Electoral y los delegados del registrador nacional del estado Civil...". Es decir que el demandante sí dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 229 del C.C.A. puesto que precisamente pidió la nulidad del acto por medio del cual las autoridades electorales correspondientes declararon elegida representante a la Cámara a quien aparece como parte demandada en este proceso.

En consecuencia, habrá de declararse que no prospera esta excepción, como lo piden el demandante y la agente del Ministerio Público.

2.- No haberse acompañado a la demanda una copia del acto acusado, toda vez que el demandante se limitó a pedir en el capítulo de pruebas del libelo que la copia del acta de declaratoria de elección fuera pedida por la jurisdicción, lo cual hizo sin las formalidades de que trata el cuarto inciso del artículo 139 del C.C.A., pues no expresó bajo juramento que el acto no fue publicado o se le negó la expedición de la copia.

Al respecto la Sala encuentra que a folios 4 y 5 del expediente obran fotocopias —reproducción mecánica— del acta parcial del escrutinio de los votos, suscrita por los delegados del registrador nacional del Estado Civil en el departamento del Quindío, debidamente autenticada, por medio de la cual "... Se declaran elegidos representantes a la Cámara para el período de 1990 a 1992 los siguientes ciudadanos: por el Partido Liberal, García de Montoya Lucelly, principal, y Correa Barrios Primitivo, suplente; por el Movimiento Liberal de Izquierda, González Ceballos Rogelio, principal, y Gómez Ramírez Mario, suplente; por el Partido Liberal Oficialista, Niño Díaz Jesús Antonio, principal, y Britto Peláez James, suplente; por el Partido Social Conservador y Anapo, Zuluaga Herrera Juan E., principal, y Buitrago Pérez Alba Stella, suplente". Así las cosas, es evidente que a la demanda se acompañó copia del acto acusado, debidamente autenticada, por lo que la excepción no puede prosperar y así habrá de declararse.

3.- Indebida acumulación de pretensiones. Como además de pedirse en la demanda la nulidad del acto declaratorio de elección se pide la declaratoria de nulidad de la credencial expedida a Lucelly García de Montoya y se declare la elección como representante a la Cámara de "quien encabece la lista que no hubiere sido elegida y que le siga en número de votos a la última elegida...", se acumularon indebidamente pretensiones, puesto que con la declaratoria de elección de quien encabece la lista que no hubiere sido elegida se pretende restablecimiento del derecho, posible únicamente a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho mediante proceso diferente al que surge del ejercicio de la acción pública electoral.

Por lo que hace a la pretensión de declaratoria de nulidad de la credencial expedida, como bien lo pone de presente la delegada del Ministerio Público en su concepto de fondo, es consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto demandado, como se desprende del contenido del artículo 228 del C.C.A. Y el acceso de los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente, para llenar faltas absolutas de los congresistas, es también consecuencia de la nulidad del acto declaratorio de elección de congresistas, toda vez que la declaratoria de nulidad produce vacancia, que debe llenarse en la forma anotada por así disponerlo el artículo 134 de la Constitución Política. No se trata, por consiguiente, de restablecimiento del derecho fruto del resultado del ejercicio de la acción de nulidad de que trata el artículo 85 del C.C.A., sino de la consecuencia directa de la declaratoria de nulidad en proceso electoral. Lo anterior conduce a que la Sala declarará que no prospera la excepción.

No sobra advertir que las excepciones fueron propuestas como nulidad, que fue denegada mediante auto visible a folios 109 118, providencia ésta que fue confirmada por la Sala por virtud del recurso de súplica, mediante auto visible a los folios 124 a 129.

Se ocupa a continuación la Sala de cada uno de los cargos formulados en la demanda.

Primer cargo

La señora Lucelly García de Montoya estaba inhabilitada para ser elegida representante a la Cámara de acuerdo con el segundo inciso del artículo transitorio 2° de la Constitución Nacional, porque para el 14 de junio de 1991 su hermana legítima Ruby García Tobón o Ruby García de Gil desempeñaba el cargo de "Alcaldesa Municipal" de Calarcá (Quindío). El Constituyente tuvo en mente evitar se pudiera utilizar el aparato administrativo para los fines políticos de los candidatos y evitar la "concentración del poder en manos de determinadas familias, como sucedía hasta la vigencia de la Constitución de 1886", según las palabras del demandante.

Al respecto la Sala observa que la prohibición de que trata el segundo inciso del mencionado artículo transitorio, se refiere a aquellas personas que siendo funcionarios de la rama ejecutiva "... no hubieren renunciado a su cargo antes del 14 de junio de 1991". En el caso en estudio no está demostrado que la demandada Lucelly García de Montoya hubiera sido funcionaria de la rama ejecutiva con posterioridad a la fecha indicada. Y no es cierto que la inhabilidad de que trata dicho canon constitucional cobija a los parientes del funcionario de la rama ejecutiva candidatos a las elecciones generales convocadas para el 27 de octubre de 1991, conforme al artículo transitorio 1° de la Carta Política. Se refiere esa inhabilidad únicamente a quienes siendo funcionarios de la rama ejecutiva, con posterioridad al 14 de junio de 1991 pretendieran ser candidatos al Congreso de la República.

En consecuencia no prospera el cargo.

Segundo cargo:

La señora Lucelly García de Montoya estaba inhabilidad para ser elegida representante a la Cámara el 27 de octubre de 1991 a tenor del artículo 179, numeral 5, de la Constitución Nacional, porque su hermano legítimo doctor Elkin Jaime García Tobón al momento de ser elegida desempeñaba el cargo de Notario Primero del Círculo de Calarcá, Quindío, con ejercicio de autoridad civil, autoridad ésta que emana de las nuevas disposiciones que "... les han atribuido la facultad de celebrar matrimonios civiles, divorcios, liquidación de sociedades conyugales y sucesiones, cambios de nombres y otra serie de actos, reservados unos a las autoridades jurisdiccionales y otros a los funcionarios civiles y administrativos". Como el cargo lo desempeñaba en la misma circunscripción electoral para la cual fue elegida, la inhabilidad es obvia. Y la autoridad civil la tiene el notario si se tiene en cuenta el concepto que de la misma emitió el Consejo de Estado.

Por lo que hace a este cargo, como lo indica el señor apoderado de la parte demandada en su alegato de conclusión, a tenor del artículo 2° del Decreto 960 de 1970, llamado Estatuto del Notariado "la función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y no puede ejercerse sino dentro de los límites territoriales

del respectivo círculo de notaría". Y como se desprende del contenido del artículo 3° del mismo decreto, la función notarial se reduce a dar fe de todos aquellos actos que requieren la intervención del notario, con o sin su presencia física. Si por disposición legal la función notarial no es compatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción, no se ve como el desempeño del cargo de notario implique tal ejercicio. De otra parte, las nuevas atribuciones otorgadas a los notarios en los decretos 902, 999, 2458 y 2668 de 1988, y 1534, 1536, 1555, 1556, 1557, 1712, 1900 y 1729 de 1989, en manera alguna conllevan ejercicio de autoridad civil o jurisdiccional, porque para la celebración de los actos correspondientes no ejerce el notario poder alguno puesto que se trata de refrendar actos voluntarios de las partes, limitándose el notario a dar fe de lo probado con la confección de la escritura pública correspondiente, como en el caso de la partición o adjudicación de la herencia o de la liquidación de la sociedad conyugal. Es decir, que en estos casos los notarios se limitan a refrendar la voluntad de las partes, dejando constancia de ello en el correspondiente instrumento público. Tampoco se trata de decisiones jurisdiccionales porque como claramente se desprende del artículo 116 de la Carta Política, los notarios no administran justicia, ni hasta el momento la ley les ha atribuido función jurisdiccional. Las atribuciones dadas a los notarios en los decretos atrás mencionados no los habilitan para juzgar el derecho sino simplemente para registrar el cumplimiento de la voluntad de las partes interesadas una vez llenados los requisitos formales correspondientes.

No prospera por consiguiente este cargo.

Tampoco podría prosperar este cargo porque no se demostró el parentesco. En efecto, el demandante afirma que la demandada María Lucelly García Tobón y Elkin Jaime García Tobón son hermanos legítimos, y para demostrar este hecho aportó acta o partida de nacimiento canónica expedida por la Parroquia de la Inmaculada del Municipio de Santuario, Risaralda, en la que consta que el bautizado Elkin Jaime "... nació el 6 de julio de 1939...", documento que no presta mérito probatorio porque para la fecha en que nació ya se encontraba en vigencia la Ley 92 de 1938 que hizo obligatorio el registro civil de nacimiento. Así las cosas, para demostrar el parentesco de hermanos legítimos debió acompañar la prueba del registro civil de nacimiento y la partida de matrimonio de los padres. Razón tiene la Procuraduría Octava Delegada en lo contencioso cuando advierte esta falla probatoria e invoca reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

Tercer cargo:

"... La señora Lucelly García de Montoya ejerció la presidencia de la Casa de la Cultura de Calarcá (Quindío) hasta el mes de octubre de 1991, es decir, hasta pocos días antes de las elecciones, y que por mandato de los estatutos de esa entidad, la representación legal radica en cabeza del presidente. Y demostrado está que esa Casa de la Cultura, recibió auxilios del municipio de Calarcá (Quindío) y transferencias permanentes, mientras ejercía la presidencia de esa institución y su representación legal, Lucelly García de Montoya". Esa situación la inhabilitó para ser elegida congresista a tenor del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución, pues los auxilios y transferencias recibidos por la Casa de la Cultura "... indudablemente son dineros públicos, producto de contribuciones, como que las transferencias de que se trata, son

producto de estampillas o impuestos indirectos que pagan los contribuyentes y los auxilios provenientes de los fondos municipales".

Además, la elegida Lucelly García de Montoya "... gestionó ante la gobernación del Quindío, dos (2) auxilios por la suma de siete millones de pesos ($7.000.000.oo) y veinticinco millones de pesos ($25.000.000.oo), respectivamente, con destino a la Fundación `Junta de Acción Social de Vivienda del Quindío', lo que reconoció públicamente en el Noticiero de las Siete, transmitido por la cadena Uno de televisión, como se aprecia en el video..." acompañado como prueba con la demanda.

En relación con este cargo, se tiene lo siguiente:

Que mediante certificación (fl. 19) expedida por la asesora jurídica de la gobernación del departamento del Quindío está demostrado que por Resolución 0.JO18, fechada el 23 de marzo de 1991, la mencionada gobernación "... concedió personería jurídica a la entidad sin ánimo de lucro denominada `Casa de la Cultura Antonio Cardona Jaramillo' con sede en el municipio de Calarcá, Quindío...". Con el mismo documento público está demostrado que la señora Lucelly García de Montoya fue presidente de la mencionada Casa "... desde marzo 13 de 1972 hasta octubre 10 de 1991".

Está también demostrado que de acuerdo con los estatutos de la Casa de la Cultura "Antonio Cardona Jaramillo" de Calarcá, Quindío, que en fotocopia autenticada obran a folios 14 a 17, al presidente le corresponde "... representar a la institución en todos los actos o negocios judiciales o extrajudiciales". Que el presidente de la mencionada entidad ostenta la representación legal de la misma, aparece ratificado en certificación expedida por el mismo asesor jurídico de la gobernación el 10 de febrero de 1992, en la que se afirma que figura como representante legal de la entidad en calidad de presidente el señor..." (fl. 186). Igual cosa ocurre en la constancia expedida por el director encargado de la tantas veces citada Casa de la Cultura el 13 de mayo de 1992, así: "d) El representante legal de la institución es el señor... en su calidad de presidente de la junta directiva" (fl. 185).

Con documentos que obran a los folios 203 y 204 se acredita que la junta directiva de la Casa de la Cultura Antonio Cardona Jaramillo de Calarcá, durante sesión celebrada el 2 de julio de 1991 aceptó la renuncia que de la presidencia de la misma hizo la señor Lucelly García de Montoya, siendo designado en su reemplazo el señor Jorge Eliécer Orozco Dávila.

Según certificación expedida por la Contraloría Municipal de Calarcá el 20 de noviembre de 1991, "... la Casa de la Cultura Antonio Cardona Jaramillo de la ciudad de Calarcá, Quindío, ha recibido como aportes y transferencias del presupuesto de rentas y gastos del municipio de Calarcá durante la presente vigencia de 1991 la suma de Seis millones setecientos ochenta y seis mil doscientos noventa y un pesos con 06/100 M/cte. ($6.786.291.06)".

Al folio 37 aparece, debidamente autenticada, fotocopia de la Resolución Nº 2555 de fecha 27 de diciembre de 1990, por medio de la cual el gobierno departamental resuelve en su artículo primero "... autorizar al tesoro del departamento para pagar a Casa de la Cultura de Calarcá, la suma de Cinco millones de pesos m/cte.

($5.000.000.oo), por concepto de auxilio departamental, con destino a la Casa de la Cultura, aprobado en Consejo de Gobierno el día 17 de diciembre de 1990, acta Nº 026 de 1990". Y al folio 36 se encuentra el comprobante de egreso de la tesorería departamental Nº 003, de fecha enero 9 de 1991, por valor de cinco millones de pesos ($5.000.000.oo), en cumplimiento de la orden de pago No. 4990 del artículo 237 del Código Fiscal del departamento, pago que se hizo en cumplimiento de la orden impartida por el gobernador mediante comunicación Nº DG004 de enero 9 de 1991, suscrita por el gobernador (fl. 38).

A los folios 39 a 41 del expediente se encuentra comunicación suscrita por la Contraloría Municipal el 20 de noviembre de 1991, según la cual por Acuerdo Nº 002 de agosto 31 de 1990 se adoptó el "Programa municipal de inversiones para el año de 1991...", apareciendo en el Programa de Inversión "... con participación IVA urbano", una partida de cinco millones de pesos ($5.000.000.oo) para "mantenimiento, reparación, dotación Casa de la Cultura Antonio Cardona Jaramillo". También, que por Acuerdo Nº 018 de agosto 17 de 1984 (fls. 40 y 41) se distribuyó el "producto de la contribución de la estampilla Pro-educación y Salud, así: 60% para el Hospital La Misericordia y 40% para la Casa de la Cultura Antonio Cardona Jaramillo", aporte por valor de $2.829.478,38. En este mismo documento la Contraloría municipal hace constar que a la Casa de la Cultura Antonio Cardona Jaramillo se le hicieron transferencias entre marzo 27 de 1991 y octubre 4 de 1991 por un valor total de $6.786.291.06.

El artículo 179 de la Constitución Nacional dispone:

"Art. 179.- No podrán ser congresistas:

1. ...

2. ...

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

4. ...

5. ...

6. ...

7. ...

8. ...

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situación que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidad por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5".

En el sub-lite está demostrado que entre el 27 de abril y el 2 de julio de 1991 la señora Lucelly García de Montoya ostentó en la Casa de la Cultura Antonio Cardona Jaramillo de Calarcá, Quindío, el cargo de presidente de la misma, y que como tal llevó de acuerdo con el artículo 20 de los estatutos de dicha institución su representación "... en todos los actos o negocios judiciales o extrajudiciales...". También está demostrado que durante el mismo lapso la entidad o institución de la cual era presidente recibió sumas de dinero aportadas por el municipio de Calarcá, provenientes de la "contribución de la estampilla pro-Educación y Salud", también sumas provenientes por concepto de auxilio del departamento del Quindío.

Lo anterior significa que de acuerdo con el artículo 179, numeral 3, de la Carta Política, la señora Lucelly García de Montoya al momento de la elección estaba inhabilitada para ser elegida representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Quindío, porque dentro de los seis meses anteriores al 27 de octubre, fecha de la elección, fue representante legal de la entidad denominada Casa de la Cultura Antonio Cardona Jaramillo de Calarcá, Quindío, misma circunscripción electoral para la cual fue elegida, entidad que presidió y que administra sumas provenientes de tributos y contribuciones parafiscales.

En consecuencia el cargo prospera.

Por lo que hace al cargo consistente en que la demandada gestionó ante la gobernación del Quindío auxilios por valor de treinta y dos millones de pesos ($32.000.000.oo), lo cual la colocaría en una de las situaciones de inhabilidad previstas en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Nacional, la Sala encuentra que el hecho no está probado, porque si bien es cierto que mediante documento público que obra al folio 182, suscrito por el señor Secretario General del Instituto Nacional de Radio y Televisión, se certifica que durante el Noticiero de las Siete "... emitido por la cadena Dos, el 22 de octubre de 1991, se transmitió la entrevista efectuada a la señora Lucelly García, candidata a la Cámara, quien textualmente respondió: "... el gobernador Samuel Grisales me aportó una partida de veinticinco millones de pesos y acabo de comprar una tierra muy linda para mis programas de gobierno", no es menos cierto que tal declaración no demuestra que la entrevistada hubiera intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas que es la actividad que la citada norma constitucional describe. Así las cosas no está probada esa inhabilidad.

Cuarto cargo:

La elección es nula porque se efectuó en persona distinta a la que ostenta "... la titularidad de la curul", pues la elección se hizo a Lucelly García de Montoya y de acuerdo con lo que "consta en los respectivos certificados", "... el nombre original de la parlamentaria electa, es María Lucelia García Tobón...".

Sobre este cargo la Sala encuentra:

Al folio 181 aparece, debidamente autenticada por los delegados del registrador nacional del Estado Civil, el documento por medio del cual la Dirección Nacional Liberal "avala" la lista de candidatos a la Cámara de Representantes encabezada por

Lucelly García de Montoya, identificada con la cédula de ciudadanía N° 24.559.095 expedida en Calarcá. Ahora bien: a tenor del artículo 7° del Acto Constituyente N° 2 de 1991, era necesario para la inscripción de listas de candidatos para ser senador, representante o gobernador, haber dado cumplimiento "... al requisito de proclamación de candidatos", requisito éste que no es otro distinto al de acreditar mediante el correspondiente aval dado por el partido o movimiento político que la lista de candidatos pertenece o representa ala partido, grupo o movimiento político. Como de acuerdo con el documento atrás citado la señora Lucelly García de Montoya inscribió su candidatura identificándose con su cédula de ciudadanía, es decir con la cédula N° 24.559.095 de Calarcá, que exhibió al otorgar poder dentro de este proceso (fl. 131), cédula cuya fotocopia obra al folio 131A, no cabe duda que la elección de representante a la Cámara recayó en persona así identificada. Como la cédula de ciudadanía es documento para cuya expedición, de acuerdo con la Ley 96 de 1985 es necesario acreditar la identidad personal, mediante la presentación ante el registrador del estado civil o su delegado, el registro civil de nacimiento para las personas nacidas a partir de la vigencia de la Ley 92 de 1938 y de la copia de la partida eclesiástica de bautismo para los nacidos con anterioridad, es obvio que quien posea cédula de ciudadanía ha acreditado o demostrado su identidad personal. En este caso concreto está demostrado que la persona elegida como representante a la Cámara, cuyo acto declaratorio de elección pretende anularse, es la señora Lucelly García de Montoya, quien se identifica con el número de cédula atrás mencionado. Es decir que la elección no recayó en persona distinta a aquella que se inscribió ante la registraduría nacional del estado civil como candidato a congresista para las elecciones celebradas el 27 de octubre de 1991. Además, este cargo tampoco prosperaría porque el hecho sobre el cual está basado no está incluido entre las causales de nulidad que contempla el artículo 223 del C.C.A.

La Sala se abstendrá de atender la petición contenida en la demanda, en el sentido de que "... se declare la elección como representante a la Cámara, por la circunscripción electoral del departamento del Quindío, para el período constitucional 1991 a 1994, de quien encabece la lista inscrita que no hubiere sido elegida y que le siga en número de votos a la última elegida...", porque carece de competencia para ello. La vacancia que produce la declaratoria de nulidad, debe ser provista como lo dispone el artículo 134 de la Constitución Política.

Finalmente, la Sala reconocerá personería al doctor Juan Manuel Charry Urueña conforme a la sustitución del poder que obra al folio 275 del expediente.

Por lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y en desacuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1° Anúlase el acto por medio del cual los señores delegados del Consejo Nacional Electoral declararon elegidos representantes a la Cámara por la circunscripción electoral del departamento del Quindío, período 1991 a 1994, en cuanto en dicho acto se declaró elegida representante a la Cámara a la señora Lucelly García de Montoya.

2°- Anúlase la credencial de representante a la Cámara expedida a la señora Lucelly García de Montoya.

3°- No prosperan las excepciones propuestas.

4°- Lo resuelto en esta sentencia comuníquese a los señores presidente de la Cámara de Representantes y registrador nacional del estado civil.

5°- Reconócese personería como abogado sustituto al doctor Juan Manuel Charry Urueña.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo, Presidente; *Mirén de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL-Efectos

La suspensión provisional en procesos de nulidad no tiene la finalidad distinta a la de evitar los perjuicios que pudieran derivarse de la aplicación de un acto administrativo presunta o supuestamente contrariado a la Constitución o la Ley. La medida, sobre la base de un supuesto de ilegalidad desconoce la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo cuyos efectos suspende.

También la suspensión provisional afecta el poder de que está investida la administración para "...ejecutar de inmediato..."lo necesario para el cumplimiento del acto afectado con la medida, es decir, la suspensión provisional es medida de excepción que priva el acto administrativo impugnado de atributos propios de su esencia sin los cuales no produce los efectos que la Ley le reconoce. Con otras palabras, la medida es de tal manera generadora de consecuencias, que su aplicación procede únicamente de la manera prevista en el artículo 152 del C.C.A. Y es por sus consecuencias tan importante y excepcional que el legislador consideró que para su viabilidad era necesario que el cotejo o comparación se hiciera no con "las pruebas aportadas", como los disponía el artículo 152 del C.C.A., antes de la modificación que sufrió con la expedición del Decreto 2304, artículo 51, sino con "documentos públicos", como lo prescribe esta última disposición, porque indudablemente esta clase de documentos ofrecen respecto de otras pruebas mayor seguridad sobre su origen y contenido.

SUSPENSION PROVISIONAL/PRINCIPIO DE PUBLICIDAD/ PRINCIPIO DE CONTRADICCION/DESCONGESTION DE LOS DESPACHOS JUDICIALES

La excepción de la medida de suspensión provisional, los efectos que produce y la oportunidad procesal para decretarla, que impide generalmente la controversia de la prueba, la Sala encuentra que lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2651 de 1991 no es aplicable al procedimiento previsto en el C.C.A. para la suspensión provisional. Sinembargo cabe la excepción si los documentos aducidos por quien pretende la suspensión provisional del acto administrativo impugnado, han sido conocidos por otras partes interesadas en el asunto, pues en tal caso la prueba es susceptible en ese momento procesal de ser controversia. El representante legal de los demandados no impugna el origen y contenido de los documentos sino la carencia de un requisito formal para su expedición. Como en este caso la prueba aportada ha sido conocida por las partes que pudieran resultar afectadas con es resultado del proceso y no han sido tachadas de falsedad; procede dar aplicación al artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, aceptando como válidas las fotocopias que, según quedó establecido, tienen estampado sello del Juzgado correspondiente tales fotocopias al original que reposa en el Despacho Judicial.

ALCALDE - Inhabilidades/ **SANCION PENAL/ RESOLUCION DE ACUSACION/ SUSPENSION PROVISIONAL** - Procedencia

Como los documentos demuestran que contra el demandado existía una Resolución de Acusación para la fecha en que fue elegido Alcalde del Municipio de Ambalema el 8 de marzo de 1992, hecho este que a tenor de lo dispuesto en los artículos 5o. literal c) de la Ley 78 de 1986 y 6o. literal a) de la Ley 47 de 1987 surge de manera ostensible, prima facie, de la comparación de los documentos -fotocopias- y las normas mencionadas, la suspensión del acto electoral decretada por el a-quo debe mantenerse.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., Octubre veintiseis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Ref: Expediente No. 0825. ACTOR: *Luis Angel Martínez Sendoya*

De acuerdo con el artículo 155 del C.C.A. modificado por el artículo 33 del Decreto 2304 de 1989, procede la Sala a decidir de plano los recursos de apelación interpuestos por el apoderado del demandado y por el curador ad-litem de Marcelo Lozada Serrato y Luis Eduardo Chinchilla Bocanegra contra la providencia del Tribunal Administrativo del Tolima de fecha 27 de abril de 1992, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos electorales impugnados.

ANTECEDENTES

El ciudadano Luis Angel Martínez Sendoya en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral demandó la nulidad de los actos que contienen la declaratoria de elección del señor Joaquín Rondón Martínez como Alcalde Municipal de Ambalema, Tolima, para el período constitucional comprendido del 1o. de junio de 1992 al 31 de diciembre de 1994.

Como consecuencia solicitó la cancelación de la respectiva credencial al alcalde y la práctica de nuevo escrutinio, en razón de lo cual pidió citar al proceso a los señores Marcelo Lozada Serrato, Luis Eduardo Chinchilla Bocanegra y Carlos Julio Sánchez Salgado como candidatos que fueron a la Alcaldía Municipal.

El actor al formular la solicitud de suspensión provisional adujo que del cotejo de los actos electorales con los documentos públicos que obran en el expediente, como son los autos de 24 de julio y 20 de agosto de 1991 proferidos por el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal, por medio de los cuales se dictó resolución de acusación en contra de Joaquín Rondón Martínez y se le concedió el beneficio de libertad provisional, respectivamente, que son plena prueba de la inhabilidad del ciudadano electo Alcalde del Municipio de Ambalema, surge la violación ostensible al literal c) del artículo 5 de la ley 78 de 1986, modificado por el artículo 12 de la ley 53 de 1990 según el cual, no podrá ser elegido o designado Alcalde quien "Se le haya dictado sentencia condenatoria de carácter penal, o resolución de acusación que se encuentre debidamente ejecutoriada al momento de la inscripción de su candidatura, excepto cuando se trata de delitos políticos."

EL AUTO APELADO

El Honorable Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda y decretó la suspensión provisional, considerando que sin necesidad de análisis jurídico del solo cotejo de los documentos y la norma que el actor estima quebrantada, hubo transgresión de la misma por cuanto se encuentra consolidada la inhabilidad del ciudadano Joaquín Rondón Martínez al momento de la inscripción de su candidatura para la Alcaldía Municipal de Ambalema, "...pues esta tuvo que necesariamente ocurrir en el período legalmente establecido que es con posterioridad a la providencia encausatoria y que aún se halla vigente según se certifica por el Secretario del Juzgado Primero Superior de Honda en nota del 18 de marzo de este año al autenticar las respectivas providencias".(fl.37).

LOS RECURSOS

El apoderado del demandado y el curador ad-litem designado para representar a Marcelo Lozada Serrato y Luis Eduardo Chinchilla, a quienes no fue posible notificarles personalmente el auto admisorio de la demanda, interpusieron en oportunidad, sendos recursos de apelación contra la providencia del Tribunal Administrativo del Tolima calendada a 27 de abril de 1992, en lo pertinente a la suspensión provisional decretada, en la siguiente forma:

1- El apoderado de Joaquín Rondón Martínez lo hizo en el mismo escrito de contestación de la demanda, aunque en capítulo aparte, expresando que el a-quo fundamentó la medida provisional en las pruebas aportadas por el actor, como son las fotocopias simples sobre una medida de aseguramiento en contra de su mandante, las que no tienen valor probatorio alguno en razón de que no fueron autorizadas por el juez como lo ordena el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la causal de inhabilidad en que se halla incurso el señor Rondón Martínez argumenta que como el artículo 5 de la ley 73 de 1986 fue adicionado con dos parágrafos mediante la ley 49 de 1987, el inciso final que establecía que, "cualquiera de estas inhabilidades vicia de nulidad la elección", quedó por fuera de la norma adicionada, y que además el artículo 248 de la Constitución Política derogó las normas sobre inhabilidades para elección de Alcaldes al establecer que para antecedentes penales solo se tiene en cuenta las condenas proferidas en sentencias definitivas.

2- El *curador ad-litem* de Marcelo Lozada Serrato y Luis Eduardo Chinchilla manifestó igualmente que la medida decretado con base en la prueba documental, consistente en fotocopias de los autos dictado por el Juzgado de Instrucción Criminal, no es procedente por cuanto dichas copias no reúnen la exigencia de haber sido autorizadas previa orden del juez, conforme al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil circunstancia que en el presente caso no aparece acreditada.

Para decidir,

SE CONSIDERA

En procesos de nulidad de actos administrativos la suspensión provisional está contemplada en el artículo 152 del C.C.A. en los siguientes términos:

> "Procedencia de la suspensión. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:
>
> 1) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
>
> 2) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
>
> Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor."

En el presente caso se trata de la nulidad de un acto administrativo impugnado en ejercicio de la acción pública electoral, por lo que la suspensión provisional es procedente siempre que haya infracción manifiesta de la disposición invocada"...como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

En la providencia recurrida se observa que el Tribunal Administrativo del Tolima realizó la confrontación con los documentos aducidos por el peticionario, y decretó la medida considerando que no era posible la elección del ciudadano Rondón Martínez para la Alcaldía de Ambalema por existir "Resolución de Acusación" en su contra, vigente al momento de la inscripción de su candidatura, que lo inhabilita para el cargo a tenor del literal c del artículo 12 de la ley 53 de 1990, modificatorio del artículo 5 ordinal c) de la ley 78 de 1986.

Los recurrentes afirman que los documentos aducidos por el demandante para impugnar los actos contentivos de la declaratoria de elección de Joaquín Rondón Martínez como Alcalde de Ambalema son simples fotocopias que carecen de valor probatorio, porque se expidieron sin mediar previa orden del juez. Al examinarlos encuentra la Sala que son fotocopias o reproducciones mecánicas de los autos de 24 de julio y de 20 de agosto de 1991, dictados por el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal, relativos a la resolución de acusación y concesión del beneficio de libertad provisional al elegido visibles de folios 9 a 22 del expediente, con sello del Juzgado Primero Superior de Honda, Tolima, estampado en todas las hojas, en la última de las cuales aparece la certificación expedida y firmada por el secretario de dicho Juzgado en los siguientes términos:

> "Que la providencia anterior de Resolución de Acusación, con el auto que la adiciona, quedó ejecutoriada el día cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991) y en laa actualidad se encuentra vigente.-
>
> Las fotocopias de tales decisiones que anteceden se tomaron directamente de las piezas originales y se (sic) idénticas en su contenido.-
>
> Dado en Honda (Tolima), a los dieciocho (18) días del mes de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).-"
>
> Siguen firma y sello (fl.22).

Ahora bien, como de acuerdo con el artículo 168 del C.C.A. en los procesos de competencia de la jurisdicción contencioso administrativo se aplicarán "...en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlos y criterios de valoración", para la aplicación del artículo 152 del C.C.A., en cuanto en su numeral 2 se dispone que la confrontación se hará "....mediante documentos públicos...", es necesario acudir a las normas correspondientes del precitado Código de Procedimiento Civil, concretamente a las que éste contiene sobre el régimen probatorio. En su artículo 253 dicho estatuto establece que "...los documentos se aportarán al proceso en originales o en copia" la cual "podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento". Y de acuerdo con el artículo 254 cuando las copias son de actuaciones judiciales, tendrán el mismo valor probatorio del original si han sido expedidas por "...secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentra el original o una copia autenticada".

En el sub-lite fueron aportadas, como se vio, fotocopias —reproducción mecánica— de autos pronunciados por un Juez de la República, sin que su expedición fuera autorizada por ese Juez, por manera que, en principio, tales documentos aducidos como pruebas para demostrar la existencia de la resolución acusatoria proferida con-

1- El apoderado de Joaquín Rondón Martínez lo hizo en el mismo escrito de contestación de la demanda, aunque en capítulo aparte, expresando que el a-quo fundamentó la medida provisional en las pruebas aportadas por el actor, como son las fotocopias simples sobre una medida de aseguramiento en contra de su mandante, las que no tienen valor probatorio alguno en razón de que no fueron autorizadas por el juez como lo ordena el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la causal de inhabilidad en que se halla incurso el señor Rondón Martínez argumenta que como el artículo 5 de la ley 73 de 1986 fue adicionado con dos parágrafos mediante la ley 49 de 1987, el inciso final que establecía que, "cualquiera de estas inhabilidades vicia de nulidad la elección", quedó por fuera de la norma adicionada, y que además el artículo 248 de la Constitución Política derogó las normas sobre inhabilidades para elección de Alcaldes al establecer que para antecedentes penales solo se tiene en cuenta las condenas proferidas en sentencias definitivas.

2- El *curador ad-litem* de Marcelo Lozada Serrato y Luis Eduardo Chinchilla manifestó igualmente que la medida decretado con base en la prueba documental, consistente en fotocopias de los autos dictado por el Juzgado de Instrucción Criminal, no es procedente por cuanto dichas copias no reúnen la exigencia de haber sido autorizadas previa orden del juez, conforme al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil circunstancia que en el presente caso no aparece acreditada.

Para decidir,

SE CONSIDERA

En procesos de nulidad de actos administrativos la suspensión provisional está contemplada en el artículo 152 del C.C.A. en los siguientes términos:

> "Procedencia de la suspensión. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:
>
> 1) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
>
> 2) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
>
> Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor."

En el presente caso se trata de la nulidad de un acto administrativo impugnado en ejercicio de la acción pública electoral, por lo que la suspensión provisional es procedente siempre que haya infracción manifiesta de la disposición invocada"...como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

En la providencia recurrida se observa que el Tribunal Administrativo del Tolima realizó la confrontación con los documentos aducidos por el peticionario, y decretó la medida considerando que no era posible la elección del ciudadano Rondón Martínez para la Alcaldía de Ambalema por existir "Resolución de Acusación" en su contra, vigente al momento de la inscripción de su candidatura, que lo inhabilita para el cargo a tenor del literal c del artículo 12 de la ley 53 de 1990, modificatorio del artículo 5 ordinal c) de la ley 78 de 1986.

Los recurrentes afirman que los documentos aducidos por el demandante para impugnar los actos contentivos de la declaratoria de elección de Joaquín Rondón Martínez como Alcalde de Ambalema son simples fotocopias que carecen de valor probatorio, porque se expidieron sin mediar previa orden del juez. Al examinarlos encuentra la Sala que son fotocopias o reproducciones mecánicas de los autos de 24 de julio y de 20 de agosto de 1991, dictados por el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal, relativos a la resolución de acusación y concesión del beneficio de libertad provisional al elegido visibles de folios 9 a 22 del expediente, con sello del Juzgado Primero Superior de Honda, Tolima, estampado en todas las hojas, en la última de las cuales aparece la certificación expedida y firmada por el secretario de dicho Juzgado en los siguientes términos:

> "Que la providencia anterior de Resolución de Acusación, con el auto que la adiciona, quedó ejecutoriada el día cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991) y en laa actualidad se encuentra vigente.-
>
> Las fotocopias de tales decisiones que anteceden se tomaron directamente de las piezas originales y se (sic) idénticas en su contenido.-
>
> Dado en Honda (Tolima), a los dieciocho (18) días del mes de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).-"
>
> Siguen firma y sello (fl.22).

Ahora bien, como de acuerdo con el artículo 168 del C.C.A. en los procesos de competencia de la jurisdicción contencioso administrativo se aplicarán "...en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlos y criterios de valoración", para la aplicación del artículo 152 del C.C.A., en cuanto en su numeral 2 se dispone que la confrontación se hará "....mediante documentos públicos...", es necesario acudir a las normas correspondientes del precitado Código de Procedimiento Civil, concretamente a las que éste contiene sobre el régimen probatorio. En su artículo 253 dicho estatuto establece que "...los documentos se aportarán al proceso en originales o en copia" la cual "podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento". Y de acuerdo con el artículo 254 cuando las copias son de actuaciones judiciales, tendrán el mismo valor probatorio del original si han sido expedidas por "...secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentra el original o una copia autenticada".

En el sub-lite fueron aportadas, como se vio, fotocopias —reproducción mecánica— de autos pronunciados por un Juez de la República, sin que su expedición fuera autorizada por ese Juez, por manera que, en principio, tales documentos aducidos como pruebas para demostrar la existencia de la resolución acusatoria proferida con-

tra Jorge Rondón Martínez y vigente al momento de la inscripción de la candidatura de éste, lo que supuestamente lo inhabilitaba para ser elegido Alcalde, no tendrían valor probatorio en lo relacionado con la suspensión provisional de los efectos del acto electoral cuya nulidad se pretende.

De otra parte, el Decreto 2651 de 1991, con fuerza de ley, por medio del cual se expidieron normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales, en su artículo 25 dispone:

> "ARTICULO 25. Los documentos presentados por las partes para ser incorporadas a un expediente judicial, tuvieron o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales.
>
> Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros."

El Decreto en mención "...suspende durante su vigencia todas las normas que le sean contrarias y complementa las demás".

Así las cosas, se hace necesario examinar si para efectos de la suspensión provisional de que trata el artículo 152 del C.C.A., es aplicable el transcrito artículo 25, en el sentido de que el cotejo o comparación puede hacerse con documentos no autenticados. Es decir, verificar si lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 152 de C.C.A. es contrario a los dispuesto en el Decreto sobre documentos aportados por las partes para ser incorporados a los expedientes judiciales.

Al respecto, la Sala encuentra indispensable referirse a la finalidad y características propias del Instituto de la suspensión provisional en procesos de nulidad. La suspensión provisional no tiene finalidad distinta a la de evitar los perjuicios que pudieran derivarse de la aplicación de un acto administrativo presunta o supuestamente contrario a la Constitución o la ley.

La medida, sobre la base de un supuesto de ilegalidad desconoce la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo cuyos efectos suspende. También la suspensión provisional afecta el poder del que está investida la administración para "...ejecutar de inmediato..." lo necesario para el cumplimiento del acto afectado con la medida.

Es decir, que la suspensión provisional es medida de excepción que priva al acto administrativo impugnado de atributos propios de su esencia sin los cuales no produce los efectos que la ley le reconoce. Con otras palabras, la medida es de tal manera generadora de consecuencias, que su aplicación procede únicamente de la manera prevista en el tantas veces citado artículo 152 del C.C.A..

Y es por sus consecuencias tan importante y excepcional, que el legislador consideró que para su viabilidad era necesario que el cotejo o comparación se hiciera no con "las pruebas aportadas", como lo disponía el artículo 152 del C.C.A. antes de la modificación que sufrió con la expedición del Decreto 2304, artículo 31, sino con "documentos públicos", como lo prescribe esta última disposición, porque indudable-

mente ésta clase de documentos ofrecen respecto de otras pruebas mayor seguridad sobre su origen y contenido.

No puede perderse de vista que la suspensión provisional es medida que debe ser resuelta en el auto admisorio de la demanda, decisión ésta que se produce cuando la prueba aún no ha tenido la posibilidad de someterse a los requisitos de publicidad y contradicción, con base en documentos aportados únicamente por el actor, por lo que tanto al Ministerios Público como quienes pueden estar interesados en el litigio ignoran su existencia y por consiguiente no han tenido la oportunidad de intervenir.

Considerado todo lo anterior, es decir la excepcionalidad de la medida, los efectos que produce y la oportunidad procesal para decretarla, que impide generalmente la controversia de la prueba, la Sala encuentra que lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991 no es aplicable al procedimiento previsto en el Código Contencioso Administrativo para la suspensión provisional.

Sinembargo, cabe la excepción si los documentos aducidos por quien pretende la suspensión provisional del acto administrativo impugnado, han sido conocidos por otras partes interesadas en el asunto, pues en tal caso la prueba es susceptible en ese momento procesal de ser controvertida. Y es esto precisamente lo que ocurre en el sub-lite, pues se observa que lo que la Sala decide hoy es el recurso de apelación propuesto por el curador *ad-litem* de los señores Marcelo Lozano Serrato y Luis Eduardo Chinchilla Bocanegra, a quienes se ordenó notificarles el auto admisorio de la demanda por haber sido candidatos inscritos para la elección de Alcalde del Municipio de Ambalema, recurso que sustenta impugnando la calidad de documentos públicos de las fotocopias aportadas por el demandante para efectos de la suspensión. El representante legal de aquellos ciudadanos no impugna el origen y contenido de los documentos sino la carencia de un requisito formal para su expedición.

Como en esta caso la prueba aportada ha sido conocida por las partes que pudieran resultar afectadas con el resultado del proceso y no han sido tachadas de falsedad, procede dar aplicación al mencionado articulo 25 del Decreto 2651 de 1991, aceptando como válidas las fotocopias que, según quedó establecido, tienen estampado sello del Juzgado correspondiente y certificación del Secretario del mismo, en el sentido de corresponder tales fotocopias al original que reposa en el Despacho Judicial.

Como tales documentos demuestran que contra el señor Joaquín Rondón Martínez existía Resolución de Acusación para la fecha en que fue elegido Alcalde del Municipio de Ambalema el 8 de marzo de 1992, hecho éste que a tenor de lo dispuesto en los artículos 5o, literal c) de la Ley 78 de 1886 y 6o, literal a), de la Ley 49 de 1887, surge de manera ostensible, prima facias, de la comparación de los documentos —fotocopias— y las normas mencionadas, la suspensión del acto electoral decretada por el a-quo debe mantenerse.

Por lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

RESUELVE

1o- Confírmase el auto proferido por el H. Tribunal Administrativo del Tolima el 27 de abril de 1992, en cuanto en el se decretó la suspensión provisional de los actos electorales impugnados en este proceso.

2o- En firme esta providencia remítase el expediente a la oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la sala en sesión del veintiseis (26) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutierrez Velásquez, Jorge Penén Deltiéure,

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

ACTO DE ELECCION/NOTIFICACION EN ESTRADOS

Los actos declaratorios de elecciones por surtirse en diligencia pública, quedan notificados en estrados el mismo día de su cumplimiento, a no ser que exista constancia de notificación en fecha diferente, caso en el cual, es ésta la que prevalece para contabilizar el término de caducidad, constancia que no aparece en el acto demandado, surtiéndose en estrados el 5 de noviembre de 1991 en que se hizo la adjudicación de curules para Cámara de Representantes por el Departamento de Bolívar, por tanto la acusación es impróspera.

NULIDAD ELECTORAL-Causales/**PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD**

No toda irregularidad que se presente por acción u omisión de servidores públicos, en los procesos eleccionarios da lugar a que constituyan causal de nulidad, así lo tuvo en cuenta el legislador al consagrarlas de manera taxativa en el artículo 223 del C.C.A. modificado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, siendo en razón de ese carácter de aplicación restringida.

RECLAMACION ELECTORAL-Causales/**DELEGADO DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL**-Facultades/**ACTA DE ESCRUTINIO**- Firmas/ **NULIDAD ELECTORAL**-Inexistencia.

Ni en el acta general de escrutinio departamental practicada por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, se observa que alguna de las personas antes referidas, hubiera presentado reclamación en procura de un pronunciamiento correctivo de la situación omisiva por parte de los miembros de las comisiones escrutadoras o de los Delegados del Consejo Nacional Electoral, quienes tienen plena y completa competencia en uno u otro caso, para decidirla. Es decir, no utilizaron el medio legal adecuado para que, conforme lo señala el artículo 192 del C.E., se excluyeran de los cómputos de votos las actas o registros carentes de las firmas, irregularidad esta que no está consagrada como causal de nulidad en ninguno de los casos del artículo 223 del C.C.A.; pero tampoco a los documentos que re-

gistran la omisión puede dárseles, en razón de este hecho, el calificativo de falsos o apócrifos, para alegar la causal 2., de la citada disposición, porque de una parte tales actos no sufrieron mutación física o material, ni alteración intelectual de su contenido y de la otra, la expresión real de sus textos, no fue aumentada o disminuida en parte alguna, para darles un aspecto de apariencia o simulación de la verdad; se trata como se anotó, de una simple omisión subsanable en la vía administrativa.

RECLAMACION ELECTORAL/REGISTRO FALSO-Inexistencia/ RECUENTO DE VOTOS

El hecho de que las comisiones escrutadoras municipales y auxiliares con base en actas sin registro de votación, es decir, en blanco y actas inexistentes, al momento de los correspondientes escrutinios hubieran realizado, el recuento de votos, dando lugar a una actuación manifiesta- mente irregular, no es argumento jurídico suficiente para calificar de falsos o apócrifos dichos documentos, porque de los que están en blanco, no puede deducirse ninguna alteración material o ideológica en su contenido y de la inexistencia, por carencia del objeto del mismo al cual se le atribuye, menos puede dársele el calificativo de falsedad o apocrifidad.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.

Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expedientes Nos. 0616-0605. ELECTORAL UNICA INSTANCIA. ACUMULACION. Actor: *Augusto Antonio Salas Badran*

Corresponde a la Sala en esta oportunidad, hacer pronunciamiento sobre las pretensiones de las demandas cuyos expedientes acumulados se indican en la referencia.

ANTECEDENTES

Expediente No. 0616.-

Por medio de apoderado y en ejercicio de la acción pública electoral, el ciudadano AUGUSTO ANTONIO SALAS BADRAN, en demanda oportunamente corregida (fls. 23 y ss.), solicita la nulidad del acto administrativo del 5 de noviembre de 1991 (fls. 2 y ss.), por medio del cual, los Delegados del Consejo Nacional Electoral, adjudicaron las curules para Cámara de Representantes por la Circunscripción del Departamento de Bolívar, para el período 1991-1994 a los ciudadanos ALVARO BENEDETTI VARGAS, RAFAEL PEREZ MARTINEZ, RAFAEL BORRE HERNANDEZ, ALFONSO LOPEZ COSSIO, RODRIGO BARRAZA SALCEDO y EDUARDO TINOCO BOSSA.

Igualmente, y como consecuencia de la anterior declaración solicita la nulidad de las actas de escrutinio de cada una de las mesas correspondientes a los municipios de Cartagena y Soplaviento que relaciona en el escrito demandatorio (fls. 32 y ss.); además, se practique un nuevo escrutinio, se expidan las credenciales y se comuniquen los resultados a las autoridades correspondientes.

Fundamentos de la acción

Aduce el actor en apoyo de sus pretensiones, que en las elecciones para Corporaciones públicas de origen popular que se llevaron a cabo el 27 de octubre de 1991, el acto administrativo del 5 de noviembre siguiente, por el cual el Consejo Nacional Electoral adjudicó las curules para Cámara de Representantes por el Departamento de Bolívar, no fue notificado, pero además, en el mismo se omitió computar a favor del accionante, votos válidos tomándose como base votos inválidos por falsedad de los elementos que sirvieron para la formación de las actas de las mesas individualizadas en la pretensión.

"En algunos Municipios de la Circunscripción Electoral del Departamento muchos de los elementos que sirvieron para la formación de las Actas de Escrutinio y Registros Electorales contenidas en los formularios E-3, E-14, E-15, E-16, E-17, E-22, E-23, E-24 y E-28, en los escrutinios municipales y general del Departamento, son falsos o apócrifos, conduciendo a que se computaran votos no válidos a favor de los candidatos elegidos, por cuanto la mayoría de las personas no inscribieron sus cédulas de ciudadanía con los requisitos establecidos por la Ley, sin hacer acto de presencia, como consta en la impresión de la huella del dedo índice derecho inscrito, en el correspondiente documento oficial. Las huellas fueron estampadas por personas diferentes a las inscritas y esa falsedad sirvió para formar las Actas de Escrutinio y Registros Electorales", de cada una de las mesas de los municipios de Cartagena y Soplaviento precisadas en las pretensiones.

Normas violadas y concepto de violación

Estima el demandante que el acto administrativo impugnado viola ostensiblemente los artículos 223 numeral 2 C.C.A., 78, numeral 1, 2 y 114 del Código Electoral porque los elementos que sirvieron para su formación, registro de votantes, lista de sufragantes y actas correspondientes, son falsos o apócrifos al contener registro de cédulas irregulares al no haberse hecho personalmente su inscripción para votar, aspecto que afectó la votación consignada en los formularios E-17 de las mesas indicadas en las pretensiones.

También considera violado el acto constituyente No. 2 del 30 de junio de 1991, en concordancia con el artículo 78 del Código Electoral, que ordena "la presencia del ciudadano y la impresión de la huella del dedo índice del inscrito, en el correspondiente documento oficial".

Contestación de la demanda.-

Los representantes a la Cámara EDUARDO TINOCO BOSSA y ALVARO BENEDETTI VARGAS, confirieron poder a un profesional del derecho (fls. 75 y 76), para que los asistiera jurídicamente en el proceso, y éste, en ejercicio de esos mandatos en escrito visible a folios 77 y ss., se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la demanda y su corrección, admitiendo los dos primeros y negando los demás. Se oponen a las pretensiones alegando que, "ante el principio de que el voto es secreto y no se puede adivinar por quien o quienes votaron dichos ciudadanos", una exigua minoría no puede producir la virtualidad de anular todo el registro electoral de una mesa donde hay una mayoría de votos válidos y legales, cita al efecto en apoyo de esta tesis sentencias proferidas por la Corporación.

Al decretarse las pruebas solicitadas por las partes, (auto del 10 de marzo de 1992) (fls. 81 y ss.), se denegó la inspección judicial solicitada por la actora, por las razones expuestas en dicho proveído y el que lo confirmó, al resolver recurso de súplica (fls. 91 y ss.).

En auto de fecha julio 9 de 1992 (fl. 114), se decretó la acumulación de los procesos y el agotamiento del trámite correspondiente; al descorrer traslado para alegar, en extenso escrito obrante a folios 124 y ss., el procurador judicial de los representantes elegidos que en calidad de demandados concurrieron a los mismos, hace en forma simultánea recapitulación de lo actuado en ambos expedientes, presentando su alegato en forma unificada, por lo que sus puntos, lo mismo que los de la parte coadyuvante (fls. 169 y ss.), serán tenidos en cuenta en estos antecedentes, luego de relacionar los correspondientes al similar proceso acumulado.

Expediente No. 0605.-

La pretensión principal, es la misma de nulidad invocada en el expediente 0626 contra el acto administrativo expedido el 5 de noviembre de 1991 por los delegados del Consejo Nacional Electoral, por el cual se adjudican las curules para la Cámara de Representantes por el Departamento de Bolívar.

Las consecuencias de la anterior declaración, se hacen extensivas a la nulidad de los actos de escrutinios de cada una de las mesas de los 42 municipios con sus respectivos corregimientos, que relaciona con la demanda (fls. 47 y ss.).

Fundamentos de la acción

Expone el demandante, que en el curso del proceso electoral iniciado el 27 de octubre de 1991 en el Departamento de Bolívar, se presentaron irregularidades que alteraron la auténtica expresión de los ciudadanos en las urnas, como las siguientes:

En el municipio de Villanueva, al leer los votos emitidos en la mesa No. 1 de Cipacoa, no se encontró votación alguna en las actas de los jurados de mesas de vo-

tación formulario E-17, "por lo que la comisión escrutadora municipal decidió el recuento general de los votos emitidos para Cámara".

En el municipio de San Jacinto, mesa No. 20 faltaron las firmas en el acta de escrutinio de Senado y Cámara; mesa No. 21 solo firmó un jurado y no se totalizó el número de votantes; mesa No. 27 no se llenaron las constancias de escrutinios y se realizó recuento de votos.

En el municipio de Calamar, la comisión escrutadora caprichosamente pidió recuento de votos en la mesa No. 10 de la cabecera municipal, que al verificarse resultaron con votos candidatos que no los tenían y se computaron como válidas actas de jurados sin firmas.

En el municipio de San Martín de Loba. Corregimiento de Playitas, en el acta de escrutinio de los jurados de votación, mesa No. 1, aparece un total de 157 votos y por "error de buena o mala fe", no se anotaron en el formulario E-17, 23 votos a favor de AUGUSTO ANTONIO SALAS BADRAN resultando en la sumatoria apenas 134, siendo por tanto falsos o apócrifos dichos registros.

En el municipio de Cartagena, las actas de escrutinio de las mesas Nos. 109, zona 1, puesto 1, y 075 zona 1, puesto 1, no tienen el mínimo de firmas que exige la ley a los jurados y así se computaron; otras carecen totalmente de firmas y en algunos casos ante la falta de actas se procedió al recuento de votos, lo que es ilegal porque esto solo lo pueden hacer las comisiones escrutadoras Distritales o Municipales, pero no las Comisiones auxiliares, debiéndose entender así el artículo 14 de la ley 85 de 1981; son por tanto falsos o apócrifos los registros así computados.

En el municipio de Turbaco, de acuerdo a certificación de los delegados de la Registraduría Nacional el número total de votos para Cámara de Representantes en las mesas Nos. 8, 23 y 41 de la Cabecera Municipal fue de 104, 126 y 118, respectivamente, y en los formularios E-17 correspondientes a dichas mesas, en el mismo orden, solo aparecen contabilizados 95, 116 y 112 votos razón por la que se estiman falsas o apócrifas las actas de los Jurados de votación de aquéllas.

De manera general, señala el actor, "que los elementos que sirvieron para la formación de las actas de escrutinio y registros electorales contenidas en los formularios E-3, E-14, E-15, E-16, E-17, E-22, E-23, E-24 y E-28, son falsos o apócrifos ya que la mayoría de las personas que votaron en las mesas individualizadas en las pretensiones no inscribieron sus cédulas de ciudadanía con los requisitos establecidos por la ley, sin hacer acto de presencia y la impresión de la huella dactilar del índice derecho del inscrito, fue realizado por persona distinta al que realmente votó..."

Normas violadas y concepto de violación

Según criterio del demandante, el acto administrativo impugnado violó el numeral 2 del artículo 223 del C.C.A., "al computar como válidos votos que no lo eran, o al dejar de computarlos siéndolos", presentándose esta causal de nulidad por falsedad o apocrifidad.

Violó igualmente el acto constituyente No. 2 del 30 de junio de 1991, conjuntamente con el artículo 78 del C.E., porque las personas que votaron en las mesas indicadas en las pretensiones, no cumplieron con los presupuestos contenidos en dichas normas.

Y, al haberse formado con elementos apócrifos, violó también los artículos 1.1, 56.1, 83, 85 inciso 2 y 114 del C.E.

El hecho de haberse computado en las actas de escrutinio un número de votos distinto de los depositados realmente en las urnas, constituye un error que incide en el resultado final de la elección y por tanto genera nulidad al tenor de los numerales 3 y 4 del artículo 223 del C.C.A.

Finalmente, aduce que con las irregularidades señaladas en los hechos, se quebrantaron los artículos 137 numeral 2 del C.E., y 263 de la Constitución Nacional.

En auto del 9 de abril de 1992 (fl. 115), se decretaron las pruebas pedidas por las partes, denégandose las inspecciones judiciales solicitadas por la actora, por considerarse que esos hechos se podían acreditar mediante distinto medio probatorio que al efecto fue ordenado.

ALEGATOS DE LAS PARTES

En término legal alegó el apoderado de la demandada, expresando que por ser la Justicia Electoral exclusivamente rogada, las pretensiones de la demanda limitan la competencia del juzgador, con fundamente en las causales de nulidad invocadas como infringidas, sin que el fallador pueda hacer pronunciamiento más allá de lo demandado.

Se refiere ampliamente a las causales de nulidad invocadas en el libelo demandatorio, recordando su trayectoria legislativa y explicando con apoyo en la jurisprudencia, los conceptos contenidos en cada una de ellas.

Por ejemplo, respecto a la causal 2a., del art. 223 del C.C.A., precisa que lo apócrifo, "que es sinónimo de *supuesto*, de fingido o de simulado, es el documento que se hace aparecer como auténtico sin serlo", y lo falso es "la alteración o mutación de la verdad hecha con dolo o sea con intención, en perjuicio real o potencial de otro o simplemente de la fe pública ... Lo *falso* es delito, mientras que lo *apócrifo* no es punible". Y concluye que esta causal no se configura en los procesos acumulados porque los hechos en que se apoya, de una parte, no fueron probados y de la otra, configuran causales distintas de nulidad que no fueron invocadas en la demanda, pero que ni siquiera están vigentes porque son simplemente causales de reclamación consagradas en el artículo 192 del C.E.

Sobre la causal 3 de la citada norma expresa, que para su prosperidad en material electoral "es indispensable que la alteración sea sustancial, o lo que es lo mismo, que afecte parte importante del acta, como cuando se alteran o modifican los nombres o apellidos de los candidatos, o los sufragios por cada candidato o lista ...", después de firmada por los miembros de la Corporación escrutadora que la expide, alteración que

debe ser ostensible, o sea, que se advierta con la simple lectura del escrito. Concluye que esta causal no se da en el caso a estudio por carencia absoluta de pruebas y porque al ser invocada en las demandas y correcciones, no se formuló ningún hecho concreto acusando a las actas de escrutinio demandadas, de haber sufrido "alteraciones sustanciales" en sus escritos, después de haber sido firmadas por los jurados de votación.

Y en lo atinente a la causal 4 de la misma disposición, aduce el apoderado de los dos representantes que dieron respuesta a las demandas, que, "lo relacionado con las operaciones aritméticas de los votos contabilizados, a fin de asegurar la representación proporcional de los partidos en la adjudicación de los puestos a elegir, cuando sean dos o más, tiene que ver el denominado *método del cuociente electoral* que señala expresamente la Constitución Política en su artículo 263 y el Código Electoral en su artículo 1., pero el método para la repartición de los escaños a elegir no se puede confundir con el "*sistema*", pues este es el todo, el conjunto de las normas constitucionales y legales de carácter electoral, mientras el método es apenar parte del "*sistema*", precisamente la parte que se refiere al reparto de los escaños por elegir y que señalan expresamente las dos disposiciones constitucional y legal antes mencionadas; esta causal tampoco se configura en los procesos acumulados, por carencia de pruebas y no haberse formulado ningún "hecho" concreto acusando las actas de escrutinio demandadas de "haber computado los votos emitidos con violación del sistema del cuociente electoral señalado por la ley y la Carta Política de la Nación".

También en oportunidad legal la parte coadyuvante, en relación con el expediente No. 0605 alegó de conclusión (fls. 169 y ss.), y además de reiterar los planteamientos de la demanda expresa: que de acuerdo al material probatorio allegado al proceso, han quedado plenamente demostrados los distintos cargos formulados por el actor, especialmente los relacionados con las mesas de Votación anteriormente reseñadas, destacando como aspecto importante, el que, de acuerdo con el artículo 11, inciso 3 de la ley 62 de 1988, solo cuando se presenten tachaduras, enmendaduras o borrones, es procedente el recuento de votos y no cuando las actas de los jurados de votación formularios E-17 se encuentren en blanco, carezcan de firmas, no se anoten las constancias de escrutinios, ni se contabilice el número de votos por cada candidato, como ocurrió en las mesas que se indican en el escrito, lo que considera violatorio de las normas constitucionales y legales que cita.

Alega por último que la diferencia de votos como resultado de las irregularidades que anota en su escrito, afectó la votación para Cámara del candidato AUGUSTO ANTONIO SALAS BADRAN; reitera en últimas la solicitud de nulidad del acto demandado.

CONCEPTO FISCAL

La procuradora séptima (E) Delegada en lo Contencioso al emitir su concepto, solicita se denieguen las pretensiones de las demandas acumuladas.

Parte la agencia fiscal de la base de que "la intención del legislador no fue la de erigir como causal de nulidad de las actas de escrutinio de los Jurados de Votación, cualquier irregularidad, acto u omisión, sino aquellas circunstancias graves que real-

mente afecten la seriedad y autenticidad del proceso electoral" y además del principio restrictivo que las rige.

Respecto a los cargos en el expediente No. 0616, precisa:

El Primero que se refiere a la falta de notificación del acto, no se encuentra enlistado en el artículo 223 del C.C.A. y por tanto no constituye causal de nulidad.

El Segundo tampoco es próspero porque, para que se configure la causal en que se apoya, es necesario que la "falsedad o apocrifidad esté precedida de la intención de desfigurar la realidad electoral, trayendo como consecuencia de esta conducta la prueba o evidencia de que efectivamente existió una alteración del resultado electoral en forma intencional", lo que no ocurrió en el presente caso.

Y el tercer Cargo imputado solicita se despache desfavorablemente, porque para demostrarlo no existe en el proceso la prueba idónea señalada por la ley y la jurisprudencia, o sea, la inspección judicial o el informe técnico.

Al analizar los cargos formulados en el expediente No. 0605, la representante del Ministerio Público expuso:

"El primer cargo como puede observarse, se refiere a que en las mesas que en éste se señala, se computaron actas de jurados de votación que no registraban resultado alguno, actas que carecían de la firma de los jurados, realización de recuento de votos sin mediar las circunstancias señaladas en el artículo 11 de la ley 62 de 1988, no computar votos a favor de uno de los candidatos y no excluir del cómputo, actas de jurados de votación sin el número de firmas. Se explicó en un principio que para sustentarlo, se aducen las causales de nulidad estatuidas en los numerales 2 y 4 del artículo 223 del C.C.A.; sobre el mismo, en relación con la primera de estas causales, se remite esta delegada al estudio que se hizo del **segundo cargo** del proceso No. 0616, agregando, que el hecho de que las actas de escrutinio de los Jurados de Votación carezcan del mínimo de los jurados, con las modificaciones que le hizo a esta disposición, al artículo 65 de la ley 96 de 1985 y el artículo 17 de la ley 62 de 1988, es causal de reclamación más no de nulidad.

En cuanto a que por haberse computado votos inválidos, se haya incurrido en este caso en la causal 4a., como se plantea en la demanda, es preciso puntualizar que la misma no se configura por este hecho, como lo ha reiterado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en sentencia de febrero 15 de 1991. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ. Exps. 0359 - 0361 - 0362. Actores: CARLOS GUILLERMO CASTRO Y OTROS, la cual señala:

> Para la Sala es completamente válido el planteamiento que hace la distinguida colaboradora del Ministerio Público: Los artículos 172 de la Carta y 223-5 del C.C.A. (art. 17-5 de la Ley 62 de 1988), que consagran el denominado "sistema" del cuociente electoral para garantizar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular que se realice en el país, y el quebrantamiento del ordenamiento constitucional como causal de nulidad que se puede plantear ante esta juris-

dicción, no tienen como finalidad establecer qué debe entenderse por votos válidos sino la de asegurar esa representación proporcional, es un mecanismo para lograr la finalidad enunciada, y no puede deducirse de ellas que el cómputo de votos inválido, así aparezca demostrado el hecho, sea violatorio de la disposición constitucional y constituya causal de nulidad de los respectivos registros según el numeral 5o. del artículo 223 del C.C.A., pues sobraría, entonces, toda previsión legal sobre nulidades electorales, ya que todas las irregularidades o los vicios que se dieran en el procedimiento electoral quedarían comprendidos dentro de la causal general "violación del sistema del Cuociente electoral".

En relación con el **segundo cargo**, basta para solicitar que se despache desfavorablemente, remitirse esta Procuraduría Delegada a lo que en relación a idéntica formulación, se estudió en el **cargo tercero** del expediente No. 0616.

Como no se observa vicios que invaliden la actuación procede la Sala a dictar el fallo que en derecho corresponda, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En el proceso radicado bajo el No. 0616, pretende el actor la nulidad del acto administrativo expedido el 5 de noviembre de 1991, por el cual, los Delegados del Consejo Nacional Electoral, adjudicaron las curules para Cámara de Representantes por la Circunscripción electoral del Departamento de Bolívar, para el período constitucional 1991-1994. Consecuentemente, la nulidad de las actas de escrutinio de cada una de las mesas de votación correspondientes a los municipios de CARTAGENA y SOPLAVIENTO, que especifica en el libelo demandatorio y la cancelación de las respectivas credenciales.

Las pretensiones tienen como fundamento los hechos consignados en el acápite anterior, de los cuales, se desprenden básicamente dos cargos que la Sala entra a examinar a fin de establecer si fueron probados procesalmente o por el contrario, aquellos no tienen la entidad jurídica suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto demandado, que es en últimas, el propósito de la acción de nulidad impetrada.

PRIMER CARGO. Se hace consistir en el hecho de no haberse notificado dicho acto, y para probarlo, se allegó certificación expedida por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil (fl. 1 fte).

En relación con este punto, estima la Sala pertinente reiterar el criterio que respecto al mismo, ha venido sosteniendo en el sentido de que los actos declaratorios de elecciones por surtirse en diligencia pública, quedan notificados en estrados el mismo día de su cumplimiento, a no ser que exista constancia de notificación en fecha diferente, caso en el cual, es ésta la que prevalece para contabilizar el término de caducidad, constancia que no aparece en el acto demandado, surtiéndose en estrados el 5 de noviembre de 1991 en que se hizo la adjudicación de curules para Cámara de Representantes por el Departamento de Bolívar, por tanto la acusación es imprósperа.

SEGUNDO CARGO. Formulado en los literales "3.4" y "3.5" del capítulo "HECHOS U OMISIONES QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO DE LA ACCION" del escrito de corrección a la demanda (fl. 36), según el cual, en el acto demandado no se computaron votos válidos, pero sì votos inválidos de diferentes municipios perjudicando la votación correspondiente al candidato AUGUSTO ANTONIO SALAS BADRAN. Invalidez que procede de la falsedad o apocrifidad de los elementos que sirvieron para la formación de las actas de escrutinio y registros electorales de "algunos municipios" en razón de que, "la mayoría" de las personas no inscribieron sus cédulas de ciudadanía con los requisitos establecidos por la ley, sin hacer acto de presencia, como consta en la impresión de la huella del dedo índice derecho del inscrito, en el correspondiente documento oficial. Las huellas fueron estampadas por personas diferentes a las inscritas, aspectos estos que considera el actor encajan dentro de la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 223 del C.C.A. Como se puede apreciar la existencia de la causal alegada, se hace depender de las irregularidades que aduce el actor se presentaron en la inscripción de cédulas en cada una de las mesas de los municipios de Cartagena y Soplaviento, indicadas en las pretensiones. Para demostrar esos hechos solicitó la práctica de una inspección judicial con intervención de peritos en los archivos de la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre las tarjetas decadactilares y demás documentos de las personas que votaron en dichas mesas a fin de establecer su similitud o diferencia, pero la prueba fue negada, no sólo por falta de concreción de los elementos sobre los cuales debía recaer, sino por resultar imposible su práctica, dado que, conforme al acto No. 2 de 1991 dictado por el Constituyente de manera especial para las elecciones del 27 de octubre del mismo año, en su artículo 1., para la validez de la inscripción de cédulas solo exigió esta disposición dos requisitos: a.) La presencia del ciudadano ante el funcionario electoral de su inscripción. y b.) Previa identificación con la cédula de ciudadanía. Es decir, que en las elecciones pasadas no operó el artículo 78 y por tanto, la inscripción de cédulas se verificó sin el registro de la impresión de la huella señalada en esta disposición, y sin la firma del inscrito en los formularios de inscripción.

La ausencia de la prueba ocular deja sin respaldo alguno el cargo que se examina, porque como anteriormente se anotó, la falsedad o apocrifidad de los demás elementos que sirvieron para la formación del acto impugnado, tal como lo plantea el actor, pendían del establecimiento o demostración de una prueba que, ante la carencia de objeto material para su realización, no tiene sentido de valoración alguna, razones estas que conllevan a la improsperidad del cargo y relevan a la Sala del estudio de las excepciones de fondo propuestas.

Expediente No. 0605

La pretensión principal es la misma del anterior proceso y adicionalmente, se solicita la nulidad de las actas de escrutinio de cada una de las mesas enumeradas en el escrito de corrección de la demanda (fls. 47 y ss.).

Los cargos

"En el curso del proceso electoral iniciado el 27 de octubre de 1991 en la circunscripción electoral de Bolívar se presentaron irregularidades con las cuales se alteró la auténtica expresión de los ciudadanos en las urnas", las que concreta el actor en los cargos que seguidamente procede la Sala a examinar.

PRIMER CARGO. Comprende, de manera general, las irregularidades a que se refiere la anterior transcripción y que la Sala resume así:

1.- En la mesa No. 1 de Cipacoa, municipio de Villanueva, no se encontró votación alguna en el formulario E-17, procediéndose por la Comisión Escrutadora al recuento de votos.

2.- En las mesas Nos. 20 y 21 de la cabecera municipal de San Jacinto, faltaron firmas en las actas de escrutinio y no se totalizó el número de votos, y en la mesa No. 27 no se llenó la constancia de escrutinios haciéndose recuento de votos.

3.- En el municipio de Calamar mesa No. 10 de su cabecera, se practicó recuento de votos estableciéndose diferencias en la votación, y en las actas de los jurados de votación de las mesas 6 y 15 se computaron como válidos votos que no tenían esta condición debido al mínimo de firmas de aquéllas.

4.- En la mesa No. 1 del Corregimiento de Playitas, de San Martín de Loba sólo se consignaron 137 de los 157 votos depositados para Cámara de Representantes, resultando un déficit de 23 votos en perjuicio del candidato AUGUSTO ANTONIO SALAS BADRAN, siendo por tanto falsos o apócrifos los registros correspondientes.

5.- En varias mesas de las zonas Nos. 1 y 3 del municipio de Cartagena, se tuvieron en cuenta actas de escrutinio sin firma de los jurados; en la No. 10 puesto 1, hubo conteo de votos sin contar con el acta de escrutinio, lo mismo ocurrió en la mesa No. 6 del puesto 2 donde se realizó el conteo sin contabilizarse el número de votos por cada candidato para Senado, Cámara y Gobernador.

6.- Municipio de Turbaco. De acuerdo a certificación expedida por los Delegados del Registrador Nacional, el total de votos en las mesas números 8, 23 y 41 fue superior al que aparece registrado en los formularios E-17, debiendo ser iguales después de contabilizar los votos válidos, nulos y en blanco, siendo por tanto las actas falsas o apócrifas.

Las situaciones de hecho anteriormente descritas, según el demandante, condujeron a reducir la votación del candidato AUGUSTO ANTONIO SALAS BADRAN, y esos vicios afectan el acta general de escrutinio departamental de Bolívar, por ser los elementos que sirvieron para su formación, falsos o apócrifos configurando por tanto la causal 2 del artículo 223 del C.C.A. Ante los diversos hechos sobre los cuales se estructura el cargo anterior, la Sala considera oportuno recordar el criterio vigente en relación con las causales de nulidad de las actas de escrutinio de los Jurados de Votación, criterio según el cual, no toda irregularidad que se presente por acción u omisión de servidores públicos, en los procesos eleccionarios da lugar a que constituyan causal de nulidad, así lo tuvo en cuenta el legislador al consagrarlas de manera

taxativa en el artículo 223 del C.C.A., modificado por el artículo 17 de la ley 62 de 1988, siendo en razón de ese carácter, de aplicación restringida.

La falsedad o apocrifidad alegada en este cargo, se hace derivar de dos supuestos:

a.- Carencia del mínimo de firmas en actas de jurados de votación de las mesas antes indicadas, vicio con el cual, se computó la votación, y,

b.- Haber procedido de manera ilegal las comisiones escrutadoras municipales, en los casos concretos señalados, al recuento de votos por el hecho de haber aparecido actas en blanco, es decir, sin registro de votación, como ocurrió en el Corregimiento de Cipacoa y el municipio de San Jacinto, o en otro caso, en la mesa No. 10 de la Zona 3 de Cartagena donde no se encontró el acta de escrutinio de los jurados de votación para Cámara, aspectos que no consagra la ley como causales para el recuento de votos. Además, las comisiones auxiliares, como la de la zona 3 del citado municipio, no tenía competencia para hacer recuento de votación.

El primer supuesto, está consagrado como causal de reclamación tanto en el artículo 122 como en el artículo 192 numeral 4 del C.E. En ambos casos, los testigos electorales acreditados por los candidatos, están facultados para invocarla, y en el segundo, además de los testigos tienen la misma prerrogativa los candidatos y sus apoderados.

Ni en las actas generales de escrutinios correspondientes a los municipios de Villanueva (fl. 284), San Jacinto (fl. 236), Calamar (fl. 217), San Martín de Loba (fl. 263), Cartagena (fl. 183) y Turbaco (fl. 116), folios todos del anexo No. 1, donde ocurrieron las irregularidades advertidas por el actor y cuya prueba se desprende de sus mismos contenidos, ni en el acta general de escrutinio departamental practicada por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, se observa que alguna de las personas antes referidas, hubiera presentado reclamación en procura de un pronunciamiento correctivo de la situación omisiva por parte de los miembros de las comisiones escrutadoras o de los Delegados del Consejo Nacional Electoral, quienes tienen plena y completa competencia en uno u otro caso, para decidirla. Es decir, no utilizaron el medio legal adecuado para que, conforme lo señala el artículo 192 del C.E., se excluyeran de los cómputos de votos las actas o registros carentes de las firmas, irregularidad esta que no está consagrada como causal de nulidad en ninguno de los casos del artículo 223 del C.C.A.; pero tampoco a los documentos que registran la omisión puede dárseles, en razón de este hecho, el calificativo de falsos o apócrifos, para alegar la causal 2., de la citada disposición, porque, de una parte tales actos no sufrieron mutación física o material, ni alteración intelectual de su contenido y de la otra, la expresión real de sus textos, no fue aumentada o disminuida en parte alguna, para darles un aspecto de apariencia o simulación de la verdad; se trata como se anotó, de una simple omisión subsanable en la vía administrativa.

Respecto al segundo supuesto —recuento de votos—, la Sala estima que, contrariamente a lo afirmado por el actor, las comisiones escrutadoras auxiliares, si tienen competencia para hacerlo; esta atribución se las da el artículo 164 del C.E.

Ahora bien, el hecho de que las comisiones escrutadoras municipales y auxiliares en los eventos antes mencionados, con base en actas sin registro de votación, es decir,

en blanco y actas inexistentes, al momento de los correspondientes escrutinios hubieran realizado, el recuento de votos, dando lugar a una actuación manifiestamente irregular, no es argumento jurídico suficiente para calificar de falsos o apócrifos dichos documentos, porque de los que están en blanco, no puede deducirse ninguna alteración material o ideológica en su contenido y de la inexistente, como es el caso de la mesa No. 10, zona 3 del municipio de Cartagena, por carencia del objeto mismo al cual se le atribuye, menos puede dársele el calificativo de falsedad o apocrifidad.

SEGUNDO CARGO. Se refiere a que los elementos que sirvieron para la formación de las actas de escrutinio y registros electorales contenidos en los formularios E-3, E-14, E-15, E-16, E-17, E-22, E-23, E-24 y E-25, son falsos o apócrifos ya que "la mayoría de las personas que votaron en las mesas individualizadas en las pretensiones, *no inscribieron sus cédulas de ciudadanía con los requisitos establecidos por la ley*, sin hacer acto de presencia y la impresión de la huella dactilar del índice derecho del inscrito, fue realizada por persona distinta a la que realmente votó.

Los hechos en que se apoya esta acusación son similares a los analizados al despachar la Sala el segundo cargo en el expediente No. 0616, por tanto, en lo pertinente, se remite a lo allí expresado, pero, resaltando además, de manera reiterativa, el carácter general de la acusación pues se habla de mayoría de personas inscritas ilegalmente en todas las mesas individualizadas en las pretensiones, que al contabilizar su número sobrepasa las trescientas cincuenta, o sea, que ante la falta de concresión de los hechos, pues no se sabe qué personas, cédulas o mesas son las llamadas a confrontar, ni cuáles los documentos afectados del vicio; el actor pretende mediante un sistema de eliminación, ir descartando los documentos válidos para en últimas, ubicar los que él considera irregulares en medio de una votación fraudulenta masiva, desconociendo así, como bien se dijo en auto del 26 de mayo de 1992 en el acumulado No. 0616, "la presunción de la buena fe consagrada en el artículo 83 de la Constitución Nacional, lo que conlleva, nada más ni nada menos a que se invierta la carga de la prueba, razones estas suficientes para que se desestime el cargo.

TERCER CARGO. Se sustenta en el hecho de haberse anotado en las actas de escrutinio, conforme a los planteamientos anteriormente analizados, "un número diferente de votos, a los realmente consignados", incurriéndose en un error que incide en el resultado final de las elecciones, siendo violatorio de los numerales 3 y 4 del artículo 223 del C.C.A. El cargo debe ser desechado porque no está probado en el proceso, que las actas de escrutinio a que se refiere el demandante, hayan sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de las Corporaciones que las expidieron, tal como lo prevé el numeral 3 del artículo 223 del C.C.A., invocado. Las irregularidades se concretan a la falta del mínimo de firmas exigidas para la validez de las actas, el recuento de votos y diferencias al ser éstos computados en algunos casos, circunstancias que no guardan relación alguna con lo expresado en la norma; además, es imposible que actas en blanco o inexistentes puedan ser objeto de alteraciones.

Respecto a la violación del sistema del cuociente electoral por el mismo motivo en que se sustenta el cargo, en reiterada jurisprudencia la Sala ha expresado, que el motivo de invalidez previsto en el numeral 4 del artículo 223 del C.C.A., se da al no

aplicar los procedimientos consagrados hoy en el artículo 263 de la Constitución Nacional, que se remiten a establecer el cuociente electoral cuando son dos o más los individuos a elegir, dividiendo el total de votos válidos por el de puestos por proveer y si de éstos quedaren algunos, cuando no se adjudican, a los mayores residuos en orden descendente.

La causal en examen parte del supuesto de haberse anotado en las actas de escrutinio un número diferente de votos a los realmente consignados, en razón de haberse computado como válidos votos que no lo eran, debido a las irregularidades que se aducen en la demanda y que ya la Sala tuvo la oportunidad de examinar, es decir, la cuestión que atañe a la validez o invalidez de los votos es anterior y completamente ajena a la aplicación del procedimiento del cuociente electoral, que tiende a asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular.

Las precedentes consideraciones las estima la Sala suficientes para no acoger las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, de acuerdo con el concepto de la Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, —Sección Quinta—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Deniéganse las pretensiones de las demandas en los procesos acumulados 0616 - 0605, a que se refiere este fallo.

SEGUNDO: Devuélvanse a las oficinas correspondientes las actas y registros electorales originales, allegados a los procesos acumulados de la referencia.

TERCERO: En firme esta providencia, archívense los procesos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de M., Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL-Interpretación

La pretensión de nulidad a que se contrae este contencioso, así se haya errado el invocar el literal e) artículo 5o. de la Ley 78 de 1986 con ese objeto, pues a esa conclusión corresponde llegar en ejercicio de la facultad de interpretación de la demanda y por tratarse, la electoral, de acción popular que cualquier persona puede instaurar.

CONCEJAL-Inhabilidades/**EMPLEADO OFICIAL**

Tesis: Se impone, declarar la nulidad de la elección del demandado como concejal del municipio para el período constitucional en curso; habida cuenta que aquel se desempeñó como empleado oficial dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección. Resulta infundado admitir, en efecto, que los docentes oficiales, por su condición de empleados de régimen especial, no están cubiertos por la prohibición de intervenir en debates o actividades políticas estatuida para todos los empleados oficiales en el artículo 201 del Código Electoral y en el artículo 10 del Decreto-Ley 2400 de 1968. El régimen especial de que se trata atañe a las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso, traslados y retiros de quienes desempeñan la profesión docente, pero no a cuestiones electorales para las que rigen normas específicas.

EMPLEADO OFICIAL/PARTICIPACION EN POLITICA/ NORMA CONSTITUCIONAL-Desarrollo Legal/**CONCEJAL**-Régimen Aplicable

Mientras no se expida la ley que señale las condiciones para que ciertos empleados oficiales puedan participar en actividades y controversias políticas, no cabe tener por aplicable la citada excepción. Es más: también ha sostenido aquí y lo reitera, que es impertinente invocar el precitado inciso del artículo 127 de la Constitución en casos como el que se examina, por cuanto esa norma versa con la prohibición de intervenir en política que se excepciona en favor de algunos empleados oficiales, "... en las condiciones que señale la ley...", en tanto que lo atañedero con las calidades e inhabili-

dades para ser concejal, que es materia diferente, lo prevé el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, norma que no cabe estimar derogada tácitamente por la nueva Constitución, en razón a que ésta, de modo armónico con esa norma, dispone en su artículo 312 que corresponde a la ley determinar las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales.

CONCEJAL/NULIDAD ELECTORAL/VACANTE

Erró el *a-quo* en cuanto dispuso que por las autoridades electorales se diera cumplimiento a la sentencia, pues la determinación de la persona que debe ocupar la vacante, dejada por la nulidad de la elección del concejal corresponde al presidente del Concejo en aplicación de lo previsto en el artículo 261 de la Constitución, por analogía con el procedimiento establecido en el artículo 278 de la Ley 5a. de este año en cuanto a los reemplazos por faltas absolutas de los congresistas. También, porque tal sistema es el que dispone el artículo 73 del Decreto 1333 de 1986, con la salvedad de que hora no hay suplentes. Además, el cumplimiento de las sentencias por jurisdicción en los procesos electorales, lo limitan los artículos 247 y 248 del C.C.A. a los casos en que "como consecuencia de lo resuelto debiere practicarse por el Tribunal o por el Concejo, un nuevo escrutinio...", situación que no se da tratándose de la invalidación de una elección por falta de calidades o inhabilidades del elegido.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Santafé de Bogotá, DC, octubre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia: Expediente N° 0785. Actor: *Roberto Jiménez Carmona*

Se conoce, por apelación que interpuso la parte impugnadora, de la sentencia de fecha julio seis (6) del año en curso, mediante la cual el H. Tribunal Administrativo de Caldas declaró la nulidad del acto de elección del señor Néstor Jaime Moreno Parra como concejal de Manizales para el período comprendido entre el 1° de agosto de 1992 y el 31 de diciembre de 1994.

I. EL FALLO RECURRIDO.- Luego de declarar improcedente la excepción de inepta demanda, no obstante reconocer que la instaurada no es modelo de técnica jurídica, admitiendo que el concepto de la infracción satisface el requisito legal al menos "... respecto de alguna de las normas citadas en el libelo, como violadas por el acto que se acusa..." (fol. 52), las que entonces configuran el marco jurídico de la contención, pasa a precisar los fundamentos de hecho del *petitum*, así:

> "El cuestionamiento hecho al actó de elección, se hace bajo la consideración de un supuesto fáctico único, consistente en que el mencionado Moreno Parra es un empleado público por ser educador al servicio del Estado..." (fol. 53).

Seguidamente infiere, de la prueba documental allegada, que el precitado Nestor Jaime Moreno P. no solo tenía la calidad de docente nacional al momento de la inscripción de su candidatura como concejal, sino también cuando se produjo la declaratoria de su elección, infringiendo de ese modo la prohibición establecida en el Art. 127 de la Constitución, por cuanto no se ha expedido ley que autorice a empleados oficiales para tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, como lo exige el inciso tercero de esa norma.

También, porque al someter su nombre al electorado para ocupar un escaño en el concejo violó el artículo 201 del Decreto 2241 de 1986, disposición que sanciona con pérdida del empleo al funcionario o empleado público que intervenga en debates de carácter electoral o forme parte de comités políticos.

Esas premisas sustentan la nulidad del acto de elección acusado, aunque dos integrantes del tribunal *a-quo* hicieron aclaración de voto por no compartir la argumentación fundada en la violación del Art. 201 del Código Electoral. Al respecto manifiestan que esta normativa consagra una previsión de carácter meramente disciplinario, sin alcances nulitantes de una elección.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO. Reitera los argumentos expuestos al contestar la demanda, en cuanto se afirma que aun sin ley reglamentaria se debe aplicar, por sobre lo dispuesto en cualquier otra norma, la previsión del art. 127, inciso tercero de la Carta Política, criterio que sustenta en el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata del consagrado en el Art. 40 de la misma Codificación Constitucional, por mandato del 85 Ibídem.

Cita, en apoyo del criterio general que también expone acerca de la vigencia de los cánones constitucionales aunque no se hayan expedido sus leyes reglamentarias, proveído de esta Sala atañedera a la aplicación inmediata de lo previsto en el Art. 305, numeral 13 de la Carta, para decretar la suspensión provisional del nombramiento del Director Regional de Caminos Vecinales para el Departamento del Meta.- Copia de este auto acompaña el escrito de apelación.-

III. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA DELEGADA.

La señora procuradora octava delegada en lo contencioso manifiesta su asentimiento a las premisas y conclusiones del fallo impugnado, excepto en cuanto en el ordinal 4° ordena que por la Delegación Departamental del Estado Civil se disponga lo concerniente al cumplimiento de la sentencia. A ese respecto la colaboradora del Ministerio Público expresa que la provisión del cargo vacante por la declaratoria de nulidad de la elección del concejal Moreno Parra debe hacerla esta jurisdicción, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 261 de la Constitución Nacional.

No observando en lo actuado motivo alguno de nulidad procesal, rituada como ha sido la segunda instancia se procede a decidir.

CONSIDERANDO:

1° Para comenzar es pertinente dejar sentado que a los autos se allegó prueba documental bastante a demostrar la condición de empleado oficial, como docente

grado 09 del Escalafón Nacional, del señor Néstor Jaime Moreno Parra. La vinculación de este a la docencia oficial se efectuó el 11 de marzo de 1985 y continuaba, sin solución de continuidad, el 14 de mayo del año en curso, según reza el certificado expedido por el delegado del Ministerio de Educación ante el FER de Caldas, visible al folio 1 del cuaderno N° 2.

Es más: la certificación expedida por el mismo delegado del Ministerio de Educación, que obra al folio 4 del Cuaderno N° 2, precisa que el citado Néstor Jaime Moreno Parra se desempeñó como docente oficial en el período comprendido entre el 8 de diciembre de 1991 y el 8 de marzo de 1991, fecha esta de los comicios populares que dieron lugar a la declaratoria que se le hizo como concejal electo de Manizales.

No existe, entonces, por el aspecto probatorio, dubitación alguna respecto del fundamento fáctico dado a la pretensión de nulidad de la elección acusada.

2° En los fundamentos jurídicos del petitum se encuentra, en cambio, alguna impropiedad. Se citan, en efecto, disposiciones que en nada atañen al asunto debatido, como el Art. 5° de la Ley 76 de 1986, modificado por el artículo 1 de la Ley 49 de 1987. Esta disposición estatuye el régimen de inhabilidades para ser elegido o designado alcalde, en modo alguno aplicable a la elección de concejales por el carácter restrictivo de las normas que establecen limitaciones al ejercicio de los derechos electorales —en el caso en examen de la capacidad electoral pasiva—, no solo por el carácter de constitucionales fundamentales que ellos tienen sino por estar instituidos como el único instrumento válido de realización de la democracia política.

También el Art. 201 del Código Electoral, norma que se limita a disponer, como sanción disciplinaria, la pérdida del empleo de los funcionarios o empleados públicos que intervengan en actividades políticas. Por este aspecto la Sala comparte el criterio de quienes salvaron el voto en el fallo apelado, en cuanto además de lo anotado hicieron énfasis en el hecho de que la precitada norma no estatuye causal de nulidad de elección popular o de nombramiento oficial.

El Art. 10 del Decreto-Ley 2400 de 1968, que prohíbe a los empleados oficiales desarrollar actividades partidarias, norma cuya violación es sancionable, como se vió, disciplinariamente. Y los artículos 2, 3, 44 y 46 del Decreto 2277 de 1979, estatuto de los docentes al servicio del Sistema Educativo Nacional, cuyas normas consagran previsiones para el ejercicio de esa profesión y en modo alguno causales de nulidad electoral. Pero, en lo que se relaciona con la cuestión en examen, sí conviene señalar que el artículo 3° en mención atribuye el carácter de empleados oficiales, de régimen especial, a "... los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital... y municipal..."

El artículo 110 de la Constitución Política consagra la prohibición para quienes desempeñan funciones públicas de hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o de inducir a otros a que la hagan, salvo las excepciones "... que establezca la ley...", señalando las sanciones que la violación de lo así dispuesto comporta.

Finalmente, el Art. 127 consagra incompatibilidades para los servidores públicos, prohibiciones a los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas y auto-

rización a los empleados no contemplados en el inciso segundo de esta norma, para que puedan participar en actividades y controversias políticas "... en las condiciones que señale la ley...".

Este precepto en parte alguna prevé causales de inhabilidad para ser elegido en comicios políticos, sino que, en lo que al inciso tercero se refiere, abre la posibilidad para que algunos empleados oficiales que no ejercen jurisdicción o autoridad, ni cargos directivos, empleos judiciales, electorales o de control, puedan tomar parte en actividades de los partidos y en controversias políticas, como ya se anotó, en las condiciones que señale la ley.

3° En la situación vista se podría pensar, en principio, que las pretensiones del libelo demandatorio están huérfanas de respaldo legal, mucho más cuando en el mismo concepto de la violación el actor consignó la siguiente apreciación, sin duda equivocada: "No existe regulación expresa sobre incompatibilidad entre el ejercicio de un cargo sin autoridad o jurisdicción y el de Concejal o Diputado, pero no hay duda de que quien los ejerza está sujeto a las prohibiciones de carácter disciplinario y penal por indebida participación en política..." (fol. 9). Pero además de las sanciones de la naturaleza anotada, no sobra observar que en cuanto a los concejales existe consagración expresa de incompatibilidades (Art. 19 de la Ley 53 de 1990) y también de causales de inelegibilidad (Art. 83 del Decreto 1333 de 1986), enlistándose en estas el haber sido "... dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha la de elección de concejal, -aclara la Sala- empleados oficiales...".

Es bajo esta previsión, precisamente, donde corresponde ubicar el fundamento jurídico de la pretensión de nulidad a que se contrae este contencioso, así se haya errado al invocar el literal e) Art. 5o. de la Ley 78 de 1986 con ese objeto, pues a esa conclusión corresponde llegar en ejercicio de la facultad de interpretación de la demanda y por tratarse, la electoral, de acción popular que cualquier persona puede instaurar.

No contraría esta conclusión el principio de la competencia restringida del fallador en los procesos contencioso-administrativos, también conocido como de la jurisdicción rogada que la doctrina y la jurisprudencia deducen de las exigencias formales del Art. 137 del C.C.A., en cuanto al requisito de la demanda relacionado con el señalamiento de "4° Los fundamentos de derecho de las pretensiones..." y cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, de "... las normas violadas y explicarse el concepto de su violación...".

Esa competencia restringida para pronunciarse en la sentencia no puede entendérsela como delimitación resultante de las normas aducidas como violadas, sino del petitum, en cuanto que el juzgador no puede fallar ultra ni extrapetita, fenómeno que ocurriría cuando "... el fallo excede en sus decisiones las peticiones del actor, o se pronuncia sobre otras diferentes de las señaladas por el demandante..." (Sentencia de 11 de marzo de 1983. Consejero ponente doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Cita tomada de la obra Derecho Electoral Colombiano, autor: José I. Vives E.).

Este criterio se ajusta de modo más preciso a las finalidades últimas del proceso especial electoral que, al igual que los demás contenciosos objetivos o de simple anu-

lación, busca el control jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos pero con connotaciones más profundas, en cuanto el ejercicio de la acción contenciosa electoral pretende purificar los actos de elección o nombramiento de vicios que puedan poner en tela de juicio la legitimidad del título del elegido o nombrado en función pública, por las graves implicaciones negativas que ellos pueden generar en contra de la paz y del tranquilo obedecimiento a quien detenta la autoridad. Por ello es apenas de sana lógica que la decisión de esta especie de proceso se ciña a las cuestiones planteadas en el libelo, interpretando la demanda en orden a ubicar los hechos en la norma legal que clara e indubitablemente resulta infringida con aquellos, así no haya sido citada expresamente. En el caso de autos a ello conduce la extensa exposición de los "hechos u omisiones fundamento de la acción...", que gira en torno de la condición de empleado oficial del precitado Néstor Jaime Moreno Parra al inscribirse y resultar elegido concejal de Manizales, "... sin haber suspendido el ejercicio de sus funciones dentro de los tres meses anteriores a su elección..." (fol. 8).

Y porque apoyándose en concepto de la Sala de Consulta de esta Corporación, argumenta el actor: "... los funcionarios y empleados públicos, no pueden inscribir sus nombres ni aceptar ser candidatizados para el debate electoral sin dejar vacante su cargo en forma definitiva..." (fol. 9).

4° Se impone, entonces, declarar la nulidad de la elección del demandado como concejal de Manizales para el período constitucional en curso, como lo hizo el *a-quo* pero bajo otros presupuestos jurídicos, habida cuenta que aquel se desempeñó como empleado oficial dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección.

Resulta infundado admitir, en efecto, que los docentes oficiales, por su condición de empleados de régimen especial, no están cubiertos por la prohibición de intervenir en debates o actividades políticas estatuida para todos los empleados oficiales en el Art. 201 del Código Electoral y en el Artículo 10 del Decreto-Ley 2400 de 1982. El régimen especial de que se trata atañe a las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso, traslados y retiros de quienes desempeñen la profesión docente, pero no a cuestiones electorales para las que rigen normas específicas.

5° Finalmente, en lo que atañe a la vigencia inmediata, sin necesidad de ley reglamentaria de lo previsto en el Art. 127, inciso tercero, de la Carta Constitucional, resta observar que esta Sala ha compartido lo que al respecto sostuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, o sea, que mientras no se expida la ley que señale las condiciones para que ciertos empleados oficiales puedan participar en actividades y controversias políticas, no cabe tener por aplicable la citada excepción.

Es más: también ha sostenido y aquí lo reitera, que es impertinente invocar el precitado inciso del Art. 127 de la Constitución en casos como el que se examina, por cuanto esa norma versa con la prohibición de intervenir en política que se excepciona en favor de algunos empleados oficiales, "... en las condiciones que señale la ley...", en tanto que lo atañedero con las calidades e inhabilidades para ser concejal, que es materia diferente, lo prevé el Art. 83 del Decreto 1333 de 1986, norma que no cabe estimar derogada tácitamente por la nueva Constitución, en razón a que esta, de modo armónico con esa norma, dispone en su Art. 312 que corresponde a la ley determinar las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales.

Igualmente, que no obstante ser los derechos a elegir y ser elegido de aplicación inmediata, por disponerlo así el Art. 85 de la Constitución, es de entender que, al igual que los demás derechos constitucionales fundamentales, no son absolutos, sino que su ejercicio está reglamentado por la ley, que le establece limitaciones y restricciones como, por ejemplo, la de que solo pueden elegir los ciudadanos debidamente inscritos en el correspondiente censo; y ser elegidos los ciudadanos que reúnan las calidades exigidas para el cargo y respecto de quienes no militen causales de inelegibilidad, etc.

Por este aspecto no sobra anotar que esta Sala recogió el criterio de aplicación inmediata del Art. 305, numeral 13 de la Constitución, que aduce el apelante para sostener que todas las normas de la Carta rigen aunque no se hayan expedido las leyes reglamentarias correspondientes. En proveído de fecha agosto 21 próximo pasado se revocó lo dispuesto en cuanto a la suspensión provisional del nombramiento de director de Caminos Vecinales del Meta, por estimar que también para la aplicación de la citada disposición "... se hace necesaria la ley reglamentaria..." (Exp. Nº 0723, actor: Omar Armando Baquero Soler, Consejero ponente: Dr. Jorge Penén Deltieure).

Resta observar que parcialmente carece de razón la objeción de la distinguida colaboradora del Ministerio Público a lo ordenado en el ordinal 4o. de la parte resolutiva del fallo apelado. En efecto, erró el *a-quo* en cuanto dispuso que por las autoridades electorales se diera cumplimiento a la sentencia, pues la determinación de la persona que debe ocupar la vacante, dejada por la nulidad de la elección del concejal, corresponde al presidente del Concejo en aplicación de lo previsto en el Art. 261 de la Constitución, por analogía con el procedimiento establecido en el artículo 278 de la Ley 5a. de este año en cuanto a los reemplazos por faltas absolutas de los congresistas. También, porque tal sistema es el que dispone el Art. 73 del Decreto 1333 de 1986, con la salvedad de que ahora no hay suplentes.

Además, el cumplimiento de las sentencias por la jurisdicción en los procesos electorales, lo limitan los artículos 247 y 248 del C.C.A. a los casos en que "... como consecuencia de lo resuelto debiere practicarse por el Tribunal o por el Concejo, un nuevo escrutinio...", situación que no se da tratándose de la invalidación de una elección por falta de calidades o inhabilidad del elegido.

En este aspecto, por tanto, habrá de modificarse la sentencia apelada para acomodarla a lo que se deja anotado.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, acorde en lo fundamental con el concepto de la señora Procuradora Octava Delegada y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1º Confírmase la sentencia recurrida, proferida por el H. Tribunal Administrativo de Caldas el 6 de julio del año en curso, a excepción de lo ordenado al ordinal 4o. de la parte resolutiva. En su lugar, se dispone que por el presidente del H. Concejo de

Manizales se llame al siguiente candidato no elegido de la lista que encabezó el señor Néstor Jaime Moreno Parra para que ocupe la curul vacante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión del día veintiséis (26) de octubre de 1992.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyroff, Salvó el Voto, Jorge Penén Deltieure, Amado Gutiérrez Velásquez,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL - Interpretación/**DEMANDA ELECTORAL**-Requisitos/**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

La demanda constituye el marco de litis y, por lo mismo, puede ser objeto de interpretación pero no de adición o corrección de ninguno de sus acápites por parte del juzgador. En mi concepto se han debido denegar las peticiones de la demanda porque las normas invocadas en ella no fueron infringidas por el acto administrativo impugnado, como se deduce en la primera parte de la providencia, en lugar de realizar un análisis oficioso por fuera de lo planteado en el libelo, examen realizado sin competencia y, por lo mismo, no compatible con la acción de nulidad de carácter electoral en la cual no se hace un control general de legalidad.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

Ref. Expediente No. 785. Actor: *Roberto Jiménez Carmona*

Con el mayor respeto me permito apartarme de la decisión mayoritaria adoptada en la providencia que antecede por las siguientes razones:

El artículo 137 del C.C.A., establece:

"Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

1) La designación de las partes y de sus representantes,

2) Lo que se demanda,

3) Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción,

4) Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación,

5) La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer,

6) La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia".

El contenido de las demandas de nulidad de carácter electoral al no estar regulado por normas especiales se rige por la disposición de carácter general antes transcrita, con las especificaciones propias en algunos aspectos distintos del que origina este salvamento.

Ahora bien, la demanda constituye el marco de litis y, por lo mismo, puede ser objeto de interpretación pero no de adición o corrección de ninguno de sus acápites por parte del juzgador.

En el presente caso se invocan como normas violadas en el libelo, el artículo 5o. de la Ley 78 de 1986, tal como quedó modificado por el artículo 1o. de la Ley 49 de 1987; el artículo 201 del C.E., el 10o. del Decreto Ley 2400 de 1968; el artículo 110 de la Constitución Nacional y el artículo 127, *ibídem*.

En consecuencia, el estudio debía dirigirse a verificar si las normas mencionadas como infringidas lo habían sido por el acto demandado y, en efecto, esto es lo que hace la primera parte de la providencia, llegando a la conclusión de que las normas no resultan violadas por el acto demandado, por la sencilla razón de que no le son aplicables.

Pero, en lugar de denegar las peticiones de la demanda como sería lo lógico, la Sala continúa haciendo un estudio que no aparece planteado en dicha demanda puesto que en ella no se menciona las disposiciones que en forma oficiosa analiza la Sala para concluir por las razones que consigna, con la confirmación de la providencia de primera instancia.

El segundo estudio al que se hace referencia en el párrafo anterior no es posible hacerlo dentro de un contencioso de anulación por cuanto en él se enfrenta un acto acusado no con todo el ordenamiento jurídico sino con las normas que se invocan como infringidas en la demanda, por la parte actora como lo ordena la ley y lo ha sostenido en forma reiterada la jurisprudencia.

Al no haber ninguna modificación sobre el particular de orden constitucional o legal para llegar a la conclusión a la que llegó la Sala, en mi concepto se han debido denegar las peticiones de la demanda porque las normas invocadas en ella no fueron infringidas por el acto administrativo impugnado, como se deduce en la primera parte de la providencia, en lugar de realizar un análisis oficioso por fuera de lo planteado en el libelo, examen realizado sin competencia y, por lo mismo, no compatible con la acción de nulidad de carácter electoral en la cual no se hace un control general de legalidad.

De los señores consejeros,

Miren de La Lombana de Magyaroff

Fecha up supra.

JURISDICCION COACTIVA/TITULO

Tesis: Si el acto administrativo luego de su modificación quedó en firme y la deuda en él contenida comenzó a deberse el día siguiente, resulta claro que la condición de exigibilidad de la obligación no se había producido en fecha en la cual la División Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago en contra del deudor. Como el acto no estaba en firme, la administración no podía adelantar el cobro coactivo de la multa, debió hacerlo una vez vencido el plazo de su ejecutoria, que es cuando los actos administrativos adquieren plena validez jurídica.

Decisión: Declara parcialmente probada la excepción de falta de ejecutoria del título.

Santafé de Bogotá, D.C., octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Ref. Expediente No. 0243. ACTOR: *La Nación C/ Banco de Crédito y Comercio de Colombia*

Se decide la excepción de mérito propuesta por el apoderado del Banco de Crédito y Comercio de Colombia contra el mandamiento de pago librado en este proceso por la División Primera Nacional de Ejecuciones Fiscales.

ANTECEDENTES

Teniendo como título ejecutivo las resoluciones de la Superintendencia Bancaria números 0183 de 24 de enero de 1989, por medio de la cual impuso una multa al Banco de Crédito y Comercio de Colombia en cuantía de $3.000.000.oo, 1715 de mayo 16 de 1990 que resolvió el recurso de reposición contra la anterior modificándola en el sentido de reducir la multa a la suma de $1.500.000; 0547 de 26 de febrero

de 1990 que sancionó a la entidad bancaria con multa por $3.900.000 y 1819 de 23 de mayo de 1990 que rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto contra la anteriormente nombrada, la División Primera Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago el 4 de marzo de 1992 a favor del Tesoro Nacional y en contra del mencionado Banco por valor de $5.400.000 y costas que se causaren (fl. 71).

El apoderado del Banco referido fue notificado personalmente del mandamiento de pago en diligencia cumplida el 12 de abril de 1991 (fl. 73) y contra dicho proveído propuso oportunamente la excepción "por falta de ejecutoriedad del título", con fundamento en que la Superintendencia Bancaria mediante Resolución N° 3767 de 11 de octubre de 1990, la que no fue aportada al proceso, revocó la Resolución N° 1819 de 23 de mayo de 1990 que rechazó el recurso de reposición interpuesto por la entidad que representa contra la Resolución N° 0547 de 26 de febrero de 1990, la cual recobró su vigencia, y en esta forma "... es claro que el proceso de jurisdicción coactiva no podía iniciarse pues el acto administrativo (resolución 547) base de la ejecución, por encontrarse sujeto al recurso de reposición, no se encuentra ejecutoriado, es decir no se hallaba agotada la vía gubernativa, requisito esencial para iniciar la acción contenciosa" (fl. 79).

Solicita se declare probada la excepción y como consecuencia se decrete el levantamiento del embargo de la cuenta que posee la entidad demandada en el Banco de la República por la suma de $3.900.000.

Recibidos los autos en esta corporación el 10 de junio de 1992, para su respectivo trámite en proveído del 27 de agosto de 1992 se dispuso oficiar a la Superintendencia Bancaria "... para que informe cómo decidió el recurso de reposición propuesto por el apoderado del Banco de Crédito y Comercio de Colombia contra la Resolución N° 547 de febrero 26 de 1990..." (fl. 92). Igualmente le fue solicitada copia autenticada de la Resolución N° 3767 de octubre 11 de 1990 y una certificación sobre el agotamiento de la vía gubernativa y firmeza de la mencionada resolución N° 0547.

Allegada la documentación solicitada, procede la Sala a decidir la excepción propuesta, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Reiteradamente ha expresado esta Corporación que dentro de los procesos por jurisdicción coactiva cuando el título ejecutivo consista en sentencia, laudo de condena u otra providencia que conlleve ejecución, a voces del numeral 2 del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil solo pueden proponerse las excepciones de mérito de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, las nulidades previstas en los numerales 7 y 9 del artículo 140 del citado Código y la pérdida de la cosa debida.

Aunque la excepción que en el presente asunto plantea el apoderado de la entidad deudora falta de ejecutoria del título no está comprendida dentro de las mencionadas,

como busca demostrar la inexigibilidad de la obligación la examina la Sala con miras a definir si este proceso tiene razón de ser.

Al respecto se tiene: la División Primera Nacional de ejecuciones fiscales intenta en el sub-lite el cobro del valor acumulado de dos multas que le ha impuesto la Superintendencia Bancaria al Banco de Crédito y Comercio de Colombia. La primera por la suma de $1.500.000 mediante las resoluciones Nos. 0547 de 26 de febrero de 1990 y 1819 de 23 de mayo de 1990. El excepcionante alega que se inició la acción ejecutiva sin haberse agotado la vía gubernativa por cuanto la Resolución N° 0547 de febrero 26 de 1990 no se hallaba ejecutoriada.

Es verdad, como así dan cuenta los autos, que contra la Resolución N° 0547, que ordena al Banco ejecutado el pago de la multa por $3.900.000, se interpuso recurso de reposición que fue rechazado por extemporáneo mediante la Resolución N° 1819 de 23 de mayo de 1990 (fls. 68 a 70). También, que el 11 de octubre de 1990 la Superintendencia Bancaria por la Resolución N° 3767 revocó de oficio el acto administrativo que determinó no conceder el recurso (fls. 167 y 168), y que con posterioridad, esto es, el 21 de marzo de 1991, mediante la Resolución N° 0946 resolvió dicho recurso en el sentido de confirmar en todas sus partes la Resolución N° 0547 de 1990 (fls. 130 a 157), decisión que fue notificada en forma personal al apoderado del Banco ejecutado el 26 de marzo de 1991 (fl. 158), alcanzando firmeza y agotando la vía gubernativa conforme al numeral 2 del artículo 62 del C.C.A., es decir, "... cuando los recursos interpuestos se hayan decidido".

De acuerdo con lo expuesto, si el acto administrativo (Resolución N° 0946) luego de su modificación quedó en firme el 26 de marzo de 1991, y la deuda en él contenida comenzó a deberse desde el día siguiente, resulta claro que la condición de exigibilidad de la obligación no se había producido el 4 de marzo de 1991, fecha en la cual la División Primera Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago en contra del deudor (fl. 71).

Como el acto no estaba en firme, la Administración no podía adelantar el cobro coactivo de la multa por valor de $3.900.000, debió hacerlo una vez vencido el plazo de su ejecutoria, que es cuando los actos administrativos adquieren plena validez jurídica.

Como quiera que en el presente caso existe acumulación de pretensiones, pero independientes en virtud de que tienen origen en actos administrativos distintos, la excepción propuesta en el sub-lite prospera en forma parcial, es decir, únicamente en cuanto al cobro coactivo de la multa por la suma de $3.900.000, debiendo continuar respecto del valor debido por $1.500.000.

No es viable, entonces, acceder a la solicitud del representante judicial referente al "... levantamiento de embargo de la cuenta corriente del Banco de Crédito y Comercio de Colombia en el Banco de la República, por la suma de $3.900.000 m.l." (fl. 79), pues a tenor del artículo 510, numeral 2, literal d), el desembargo de los bienes se ordenará cuando la sentencia de excepciones por ser totalmente favorable al demandado, pone fin al proceso, circunstancia que no se da en el sub-examine, pues como ha quedado dicho la ejecución debe continuar por la suma de $1.500.000 que

adeuda el Banco de Crédito y Comercio de Colombia al Tesoro Nacional. Para el propósito de reducir el embargo, existen mecanismos que expresamente señala la ley.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1°- Declárase parcialmente probada la excepción de falta de ejecutoria del título.

2°- Continúe la ejecución por la suma de $1.500.000.

3°- No hay lugar a condena en costas al excepcionante.

4°- Devuélvanse los autos a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintinueve 929) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

VOTO PROGRAMATICO/NULIDAD ELECTORAL-Causales/**NULIDAD ELECTORAL**-Inexistencia

No puede presumirse que el "Programa" a que alude el artículo 259 de la Carta, era una exigencia o requisito para inscribirse como candidato aspirante a la Gobernación, ni puede inferirse de este hecho que es nula la elección porque carecen de validez los votos computados a favor del candidato que no presentó el programa en esa oportunidad, en un esfuerzo por demostrar que el ciudadano no reunía los requisitos constitucionales y legales para ser elegido Gobernador, porque ha quedado suficientemente establecido que las normas vigentes aplicables a los gobernadores y a su inscripción para las elecciones del 27 de octubre de 1991, en las cuales resultó favorecido, simplemente no incluían esta exigencia. En consecuencia, no puede declararse la nulidad de su elección con fundamento en la causal 5 del artículo 223 del C.C.A., ni en cualquiera otra de las expresamente contempladas en la misma norma, razón suficiente para determinar que el acto de elección acusado tiene plena validez y debe mantener su vigencia.

ACCION ELECTORAL/NULIDAD ELECTORAL-Causales/**NULIDAD ELECTORAL**-Inexistencia

Tesis: Si en el artículo 259 de la Constitución el elector le impone al elegido gobernador o alcalde que cumpla con su programa ofrecido cuando se inscribió como candidato, y teniendo precisamente esta norma el propósito de que los poderes políticos de los ciudadanos se realicen de una manera efectiva, que ponga fin a toda posibilidad de engaño a la voluntad popular y permita determinar si el elegido fue o no la mejor opción, este derecho reconocido en favor de los ciudadanos no puede operar en la práctica hasta cuando se expida su reglamentación. Es lo que se desprende del mismo artículo 259, cuando prescribe que "La ley reglamentará el ejercicio del voto programático".

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Ref. Expediente Nº 0666-0625-0660 - ACUMULADOS. ACTOR: *Alvaro José Rosales Donado y otros*

Procede la sala a resolver mediante sentencia de única instancia las pretensiones de las demandas correspondientes a los procesos acumulados de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Proceso Nº 0666

1.1.- El doctor Alvaro José Rosales Donado en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral pide que se declare la nulidad del Acuerdo Nº 01 de noviembre 22 de 1991, proferido por el Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se declaró elegido como gobernador del departamento del Atlántico para el período comprendido del 2 de enero de 1992 al 1º de enero de 1995 al ciudadano Gustavo Bell Lemus.

Solicita además que en su reemplazo se llame al candidato que reúna los requisitos constitucionales con el mayor número de votos a su favor de conformidad con el escrutinio realizado, y se comunique a las autoridades correspondientes una vez se cancele la credencial al elegido.

1.2.- Como fundamentos de hecho aduce que con la convocatoria por la nueva Carta Política para la primera elección popular de gobernadores el 27 de octubre de 1991, entraron en vigencia todas las disposiciones constitucionales que regulan el proceso de elección de dichos mandatarios, entre otras, el artículo 259 que, según el demandante, "... ordena como requisito o exigencia del orden constitucional a los aspirantes a gobernadores, la obligación de presentar un `Programa' al momento de inscribirse como candidato". (fl. 7).

Señala que cuando el doctor Gustavo Bell Lemus se inscribió para la elección de gobernador del Atlántico no cumplió con este requisito, como sí lo hizo otro candidato, el doctor Pedro Martín Leyes Hernández, y esta omisión de su parte hace que no pueda tenerse por hecha su inscripción y que los votos emitidos a su favor sean ineficaces, por lo que deben ser excluidos en los nuevos escrutinios que se practiquen.

1.3.- En el acápite de las normas violadas y concepto de la violación, el actor invoca como causal de nulidad el numeral 5 del artículo 223 del C.C.A., según el cual las actas de escrutinio son nulas cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnan los requisitos constitucionales y legales. También cita el artículo 228 ibídem sobre nulidad de la elección y cancelación de credenciales al candidato que no tenga los requisitos, la que puede ser demandada ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Funda la inelegibilidad del doctor Bell Lemus en los artículos 40, numerales 1 y 4, 35 y 259 de la Carta, explicando que la nueva Constitución consagra los Derechos Fundamentales de los ciudadanos. Que en ella se establecieron mecanismos de participación del pueblo como el "Mandato Imperativo y el Voto Programático", a fin de que los elegidos sigan las instrucciones de quienes consignaron los votos a su favor y, en el caso de los gobernadores, cumplan el programa que presentaron al momento de la inscripción de su candidatura.

Considera que la Constitución dejó en manos de los ciudadanos el derecho a revocar el mandato a los elegidos, "...en este caso a gobernadores, cuando no cumplan el Programa que presentaron.." (fl. 11), y si éste no existe porque no fue allegado en la oportunidad prevista, tampoco puede ser válida la inscripción del candidato que incumplió tal requisito y, en consecuencia, no pueden ser computados los votos a su favor. Afirma que la presentación del programa por los candidatos a gobernaciones contenida en el mencionado artículo 259 de la Carta tiene efecto inmediato y directo, puesto que no se difiere su desarrollo a la ley. Anota que no pueden ser desconocidos los derechos fundamentales e inalienables de los ciudadanos, y dicen que "... según el texto constitucional lo que deberá reglamentar la ley es el "ejercicio del voto programático" y de manera alguna la obligación de los candidatos de presentar el programa al inscribirse (fl. 5).

Además, estima que el doctor Bell Lemus transgredió los artículos 2, 3, 4, 5 y 13 de la Constitución al inscribir su candidatura sin presentar el programa de gobierno, y concluye diciendo que los candidatos a gobernadores que omitieron este requisito no podían ser elegidos "porque violaron la Constitución al cercenar al pueblo el derecho fundamental de revocatoria del mandato" (fl. 18).

1.4.- En capítulo aparte de la misma demanda el actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado, que fue negada en auto del 23 de enero de 1992. (fls. 23 a 29).

1.5.- El demandado doctor Gustavo Bell Lemus pese a haber sido notificado oportuna y legalmente de la demanda, no dió contestación a la misma.

2. Proceso Nº 0625

2.1.- El doctor Armando Ramón Blanco Dugand en su propio nombre e igualmente en ejercicio de la acción pública electoral demanda la nulidad del Acuerdo Nº 01 de fecha 22 de noviembre de 1991 que expidió el Consejo Nacional Electoral declarando la elección como gobernador del departamento del Atlántico en favor del doctor Gustavo Bell Lemus; y de "... todos los actos preparatorios o de trámite, como el de su inscripción como candidato..." (fl. 31).

2.2.- Los fundamentos de la demanda los resume la Sala así: al momento de la inscripción de los candidatos a la gobernación del Atlántico el doctor Pedro Martín Leyes Hernández en cumplimiento de las disposiciones constitucionales presentó su programa de gobierno, en tanto que los delegados del Registrador del Estado Civil, doctores Oscar Movilla y Cielo Camargo "... le ampliaron al doctor Gustavo Bell

Lemus los requisitos constitucionales..." (fl. 31), permitiendo su inscripción sin exigir coetáneamente que cumpliese dicha formalidad. Ello ocasionó que al practicarse los escrutinios se reclamara ante los delegados la conculcación al derecho consagrado en el numeral 4° del artículo 40, y la ejecución de lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución Política, petición que fue denegada y en virtud de la apelación confirmada por el Consejo Nacional Electoral.

2.3.- En el concepto de la violación se refiere el demandante al poder soberano del pueblo enunciado en el preámbulo de la nueva Carta, señalando que el marco de la democracia participativa es el núcleo principal y todo acto que lo contraría es inconstitucional, nulo y violatorio de los principios fundamentales del Estado. Estima que existe concordancia entre el preámbulo y los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 40, 85 y 259 de la Constitución. Que la violación del artículo 259 citado lleva implícito el quebrantamiento de tales principios. Realiza un análisis gramatical de las oraciones y sentencias contenidas en dicho precepto. Se refiere también a la violación del artículo 6° de la Carta, relativo a la responsabilidad de los particulares por infracción a la Constitución y a la ley, y a la de los servidores públicos por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, considerando que la omisión de los delegados del Registrador del Estado Civil en el departamento del Atlántico, al permitir que el acto preparatorio de la inscripción de la candidatura del doctor Gustavo Bell Lemus se ampliara, sin la presentación de un programa de gobierno, y posteriormente la omisión del Consejo Nacional Electoral en la aplicación de la Constitución, "... constituyen una auténtica desviación de poder y una discrecionalidad arbitraria que traspasa el límite absoluto del art. 6 de la Nueva Constitución y rompe con los fines sociales y políticos del Estado, cuyo espectro reside en la democracia participativa". (fls. 42 y 43).

Aduce también violación de los artículos 13 y 40 de la Carta y afirma que con la expedición del acto acusado, contenido en el Acuerdo N° 01 del Consejo Nacional Electoral, el mandato programático es inexistente. Reitera sobre la concordancia entre el numeral 4 del artículo 40 y el artículo 259 de la Constitución, señalando que el acto de inscripción y el de la declaratoria de elección forman un acto jurídico complejo, y esta complejidad llega a la concurrencia de una elección en la que el elector elige y aprueba un programa de gobierno conservando el derecho de revocar el mandato si el elegido lo incumple. Por manera que la elección de gobernador comienza con la inscripción de su candidatura y su programa, pasa por la elección y aprobación y concluye con la declaratoria de la elección en la cual debe estar implícita la relación jurídica entre el elector, el programa y el elegido.

Complementa el concepto de violación del artículo 259 de la Carta precisando que ninguna ley reglamentaria "... podrá suprimir el derecho del mandato imperativo, ni la obligación de presentar el candidato, el programa al inscribirse". (fl. 48). Cita además el Decreto 2241 de 1986 "en sus normas generales art. 1 numeral 1, 2, 3, 5, art. 2 y el Código Contencioso Administrativo (Ley 96 de 1985) art. 223 numeral 4 y 5" (fl. 34).

2.4.- Notificado el doctor Gustavo Bell Lemus de la anterior demanda presentada en su contra, se abstuvo de contestarla.

3. Proceso Nº 0660

3.1.- El doctor Johnny Robles Zuchinni actuando a nombre propio y en ejercicio de la acción pública electoral solicita la nulidad del Acuerdo Nº 01 de fecha noviembre 22 de 1991, por el cual se resuelve el recurso de apelación presentado durante los escrutinios de las elecciones del 27 de octubre de 1991, se declara la elección de gobernador y se expide la correspondiente credencial. Asimismo pide que se declaren nulas las resoluciones proferidas por el Consejo Nacional Electoral o sus delegados durante el proceso de los escrutinios respectivos y como consecuencia se ordene practicar nuevo escrutinio para gobernador del Atlántico, período constitucional 1992 a 1994, con base en los registros que no sean afectados de nulidad por virtud del presente proceso, y de acuerdo con los resultados se haga nueva declaratoria de elección de gobernador, se expida la correspondiente credencial y se comuniquen las anteriores novedades mediante oficio a quienes deban conocerlas.

3.2./ Los hechos que sirven de fundamento a la acción se hallan redactados en los mismos términos de los referidos en la demanda presentada por el doctor Alvaro José Rosales Donado, Proceso Nº 0666 ya explicado, y en síntesis, tienen que ver con la omisión por parte del doctor Gustavo Bell Lemus de presentar un programa de gobierno al momento de inscribir su candidatura para la gobernación del departamento del Atlántico, circunstancia que en criterio del demandante le quita capacidad jurídica para computar votos a su favor y declarar su elección.

3.3.- Sobre las normas violadas y concepto de la violación resulta también idéntica la redacción a la del acápite que contiene este presupuesto en la demanda presentada por el doctor Alvaro José Rosales Donado, proceso Nº 0666. Así, como causal de nulidad invoca el numeral 5 del artículo 223 del C.C.A. y hace mención del artículo 228 ibídem. Funda la inelegibilidad del doctor Gustavo Bell Lemus en los artículos 40 numerales 1 y 4, 85 y 259 de la Constitución, y asegura que la no presentación del programa por el doctor Bell Lemus candidato a gobernador vulneró los principios fundamentales de la Carta consagrados en sus artículos 2, 3, 4, 5 y 13.

3.4.- El demandante solicitó la suspensión provisional del acto acusado, medida que fue denegada en proveído del 30 de enero de 1992. (fls. 53 a 55).

3.5.- El doctor Gustavo Bell Lemus tampoco en este proceso hizo pronunciamiento alguno en relación con la demanda.

4.- La acumulación

Vencido el término para la práctica de las pruebas se decretó la acumulación de los procesos Nos. 0666, 0625 y 0660, mediante auto calendado a 11 de junio de 1992 (Fls. 123 y 124, proceso Nº 0666).

5.- Los alegatos de conclusión

Corrido el traslado a las partes solamente alegó el doctor Johnny Robles Zuchinni, quien reitera sus puntos de vista en cuanto a los nuevos principios constitucionales

como el del "Mandato Imperativo", según el cual los elegidos deben seguir las instrucciones de quienes votaron por ellos y que en el caso de los gobernadores se circunscribe al Programa que presentaron al momento de su inscripción. Anota que el doctor Gustavo Bell Lemus desconoció la exigencia prevista en el artículo 259 de la Carta impidiendo a los ciudadanos el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 40 de la misma, lo que imposibilita ejercer el control sobre su gestión. Señala que el texto del mencionado artículo 259 no ofrece dudas, que establece una "condición conjunta" al acta de inscripción además de las calidades legales que debe reunir el candidato para la validez del acto y posterior elección, y que la circunstancia de no haber presentado el programa al momento de la inscripción de la candidatura es causal de nulidad al tenor del numeral 5 del artículo 223 y artículo 228 del C.C.A., por cuanto el candidato no reúne las calidades o requisitos para ser elegido.

Opina, con respecto al artículo 259 de la Constitución, que de él se desprenden dos situaciones jurídicas: la primera, referente a la obligación de presentar un programa de gobierno, la que debe ser cumplida por todos los candidatos en el modo, tiempo y lugar que ordena la Constitución, no puede interpretarse acomodaticiamente y tiene vigencia inmediata y directa. Y la segunda, sobre el ejercicio del voto programático, que tiene que ver con la revocatoria del mandato cuando el elegido incumpla el programa que presentó al inscribirse, cuya reglamentación se deja a la ley.

Como estima evidente que el doctor Gustavo Bell Lemus transgredió el artículo 259 de la Carta, su acto de inscripción y posterior elección deben ser declarados nulos, por lo que solicita que se acojan los pedimentos de la demanda.

6. El concepto del Ministerio Público

En su vista de fondo la Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso advierte que la intención del legislador no fue la de erigir en causal de nulidad cualquier informalidad, pues sólo consagró como motivo de aquellas las enunciadas en el artículo 223 del C.C.A., que son taxativas y de interpretación restringida.

Se refiere enseguida a la elección popular de gobernadores introducida en la Constitución de 1991, y explica que mediante el voto programático los electores confieren al elegido un mandato en razón del programa presentado, cuya reglamentación corresponde a la ley. Estima que el artículo 259 de la Constitución no produce efectos en forma inmediata puesto que requiere de desarrollo legal y por tal razón los candidatos a gobernadores en las elecciones pasadas no estaban obligados a presentar un programa al momento de su inscripción.

Tampoco estima transgredidos los numerales 1 y 4 del artículo 40 de la Constitución ni los artículos 85 y 179 ibídem. Señala que no se observa nulidad alegada por los demandantes por la omisión del doctor Bell Lemus en presentar un programa cuando inscribió su candidatura y concluye en que las pretensiones deben despacharse desfavorablemente.

CONSIDERACIONES

Constituye una realidad que en la Constitución de 1991 rige el principio de la soberanía del pueblo y de ello se deriva su poder de participación en la estructura y organización estatal, que se manifiesta de manera especial mediante el nombramiento, la revocatoria del mandato y el control de algunos servidores públicos.

Esta forma de participación en constante movimiento por los cambios de tiempos y personas, frente a la normatividad jurídica hasta entonces existente, en ocasiones reconocida por el propio constituyente, tiene que ser reglamentada con disposiciones legales nuevas que hagan posible su aplicación conforme a la Constitución misma.

En el caso concreto que se estudia los demandantes solicitan sea declarada nula la elección del señor Gustavo Bell Lemus como gobernador del departamento del Atlántico, porque sin reunir las calidades constitucionales y legales para ser electo se computaron votos a su favor, circunstancia que a tenor del artículo 223, numeral 5 del C.C.A., está erigida en causal de nulidad, lo que hace posible demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa la elección del candidato que fuere inelegible según lo normado en el artículo 228 del mismo código.

Como es bien sabido, la primera elección popular de gobernadores se llevó a cabo en el territorio nacional el 27 de octubre de 1991 por haberlo así dispuesto el artículo 16 transitorio de la nueva Carta Política, en vigencia desde el 7 de julio del mismo año. Y para esas elecciones el Acto Constituyente Nº 2 de junio 30 de 1991, en su artículo 6, inciso tercero, dispuso:

> "Para la inscripción de candidatos a gobernadores se requiere acreditar el respaldo de no menos de diez mil (10.000) adherentes, ciudadanos en ejercicio y además presentar caución por valor de cinco millones de pesos ($5.000.000.oo)".

En estas condiciones, los preceptos citados, así como los artículos 17 y 18 transitorios de la Constitución, ninguno de los cuales establece requisitos adicionales para la inscripción de los candidatos a estos cargos de gobernadores, constituyen en esencia el ordenamiento jurídico aplicable a estos funcionarios para la elección que tuvo lugar por primera vez el 27 de octubre de 1991.

De otra parte, no sobra advertir que en el capítulo segundo del Título XI de la Constitución Política, sobre organización territorial, el último inciso el artículo 303 establece lo siguiente:

> "La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentará su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales y forma de llenarlas, y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos".

La norma transcrita permite establecer con toda claridad que por expreso mandato constitucional la reglamentación de todo lo contemplado en la norma con respecto a los gobernadores, ha sido deferida a la ley, ley que para el 27 de octubre de 1991 no había sido expedida.

Lo anterior conduce a señalar que no puede presumirse que el "Programa" a que alude el artículo 259 de la Carta, era una exigencia o requisito para inscribirse como candidato aspirante a la gobernación, ni puede inferirse de este hecho que es nula la elección porque carecen de validez los votos computados a favor del candidato que no presentó el programa en esa oportunidad, en un esfuerzo por demostrar que el ciudadano Bell Lemus no reunía los requisitos constitucionales y legales para ser elegido gobernador, porque ha quedado suficientemente establecido que las normas vigentes aplicables a los gobernadores y a su inscripción para las elecciones del 27 de octubre de 1991, en las cuales resultó favorecido Gustavo Bell Lemus, simplemente no incluían esta exigencia.

En consecuencia, no puede declararse la nulidad de su elección con fundamento en la causal 5 del artículo 223 del C.C.A., ni en cualquiera otra de las expresamente contempladas en la misma norma, razón suficiente para determinar que el acto de elección acusado tiene plena validez y debe mantener su vigencia.

No está por demás observar, y por cuanto los actores hacen especial énfasis sobre el punto, que si en el artículo 259 de la Constitución que se ha venido citando el elector le impone al elegido gobernador o alcalde que cumpla con su programa ofrecido cuando se inscribió como candidato, y teniendo precisamente esta norma el propósito de que los poderes políticos de los ciudadano se realicen de una manera efectiva, que ponga fin a toda posibilidad de engaño a la voluntad popular y permita determinar si el elegido fue o no la mejor opción, este derecho reconocido en favor de los ciudadanos no puede operar en la práctica hasta cuando se expida su reglamentación. Es lo que se desprende del mismo artículo 259, cuando prescribe que "La ley reglamentará el ejercicio del voto programático".

Por manera que es la Constitución la que otorga al legislador la competencia adecuada para reglamentar el ejercicio de este derecho, dejando a su cargo la expedición de las normas pertinentes tendientes a regular el voto programático en lo que respecta a las condiciones de modo, tiempo y lugar. En esta forma, al dictar las medidas en armonía con la Constitución, se garantiza la eficacia del voto programático en las elecciones para gobernadores y alcaldes, dándole a esta institución su verdadero significado. Lo contrario no consultaría el interés y aspiraciones de los electores, quienes se verían sometidos a circunstancias inciertas, como establecer con claridad en qué consiste un programa de gobierno, a partir de qué momento puede exigirse su cumplimiento, en qué condiciones procede revocar el mandato de quien no satisfizo al electorado, etc.

Nada más fácil para el Constituyente haber establecido que las inscripciones para los candidatos a gobernadores no se podían efectuar sin el requisito de la presentación de un programa. Pero no lo estimó así y por el contrario, señaló con precisión la necesidad de reglamentar debidamente la expresión popular fundamentada en un programa de gobierno.

Un examen cuidadoso sobre el régimen electoral de gobernadores, que es el tema que interesa, conduce a la conclusión de que el Constituyente frente a la proximidad de las elecciones y teniendo en cuenta que algunos de los preceptos establecidos en la

nueva Carta sobre la materia no podían entrar en vigencia antes de su reglamentación, optó por expedir las normas de carácter transitorio que consideró apenas indispensables para las elecciones del 27 de octubre de 1991. Realizadas estas, es obvio que tales preceptos pierdan aplicabilidad, por lo que corresponde al Congreso en ejercicio de la potestad reglamentaria dictar aquellos de carácter permanente para las futuras elecciones. Así las cosas, rigiendo para las inscripciones de los candidatos a gobernaciones y para su elección del 27 de octubre de 1991 las disposiciones contenidas en el Acto Constituyente N° 2 de 1991 y los artículos 16, 17 y 18 transitorios de la Carta, el cargo imputado consistente en la omisión en presentar un programa de gobierno al momento de inscribir su candidatura para las elecciones que, se repite, fueron celebradas el 27 de octubre de 1991, carece de sustento, no dándose por consiguiente la violación a los artículos de la Constitución y demás normas legales que los actores invocaron como transgredidas, por lo que las pretensiones formuladas en las demandas instauradas por los doctores Alvaro José Rosales Donado, Armando Ramón Blanco Dugand y Johnny Robles Zuchinni no podrán prosperar.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- Niéganse las peticiones formuladas en las demandas instauradas por los doctores Alvaro José Rosales Donado, Armando Ramón Blanco Dugand y Johnny Robles Zuchinni sobre nulidad del acto declaratorio de la elección del doctor Gustavo Bell Lemus como gobernador del departamento del Atlántico.

SEGUNDO.- En firme esta providencia, archívense las presentes diligencias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintinueve 929) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD PROCESAL- Causales/**TRAMITE**

Las nulidades procesales previstas en el artículo 140 del C. de P.C. son taxativas y por tanto de interpretación restringida, es decir, solo en los casos señalados en la norma procede la sanción nulitiva, sin que esta pueda hacerse extensiva a otros aspectos ajenos a su contexto. El evento consagrado en el numeral 4o. del artículo 140 citado, al establecer como nulidad el hecho de tramitarse la demanda por proceso diferente al que corresponde, tiene su fundamento jurídico en el principio constitucional del debido proceso, consagrado hoy en el artículo 29 de la Carta y se configura cuando al someterse un conflicto de intereses a decisiones de la justicia, al libelo demandatorio se le da un procedimiento distinto del indicado por la ley para ese caso, por ejemplo, imprimir trámite abreviado o especial cuando corresponde al ordinario o debiéndose impulsar éste se hace expedita la vía de cualquiera de aquéllas. Significa lo anterior, que la circunstancia de haber ingresado el expediente para fallo, sin que previamente se definiera por el H. Tribunal, si procedía o no la acumulación de procesos, conforme lo prescribe el artículo 237 del C.C.A., no configura la causal de nulidad que sirve de sustento a la decisión apelada, motivo por el cual, debe revocarse tal como lo solicita la agencia fiscal, pero advirtiendo la Sala, que al no ser potestativo del juez, sino de forzoso cumplimiento el mandato imperativo de la norma, el *a-quo*, debe enderezar la actuación del proceso hasta ponerlo en estado que permita estudiar la viabilidad de la acumulación, dejando, si es del caso, sin valor el auto que dió traslado a las partes para alegar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santafé de Bogotá, DC., octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 0797. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. Actor: *Paulino Alirio Nope Alfonso y otro*

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado, contra el auto del 29 de julio de 1991 (fl. 40), mediante el cual, el H.

Tribunal Administrativo de Boyacá, decretó la nulidad de lo actuado en el proceso a partir del auto que dió traslado a las partes por cinco (5) días para alegar (fl. 27).

ANTECEDENTES

Las pretensiones de la demanda apuntan a obtener la nulidad del acto de elección del señor RAUL SALGADO CASTILLO como alcalde del municipio de Tibaná-Boyacá, para el período 1992-1994.

El auto apelado

Considerándose agotado en todas sus etapas, el procedimiento especial que regula esta clase de acciones, y una vez ingresó el expediente a despacho para sentencia, el *a-quo* no la produjo al estimar viciado el procedimiento, en razón de existir en el despacho del ponente y en trámite el proceso No. 12.121 sobre nulidad parcial de los escrutinios de votos para Alcalde y Concejo Municipal de la misma localidad y similar período, siendo por tanto indispensable definir antes del pronunciamiento de fondo, la procedencia o no de la acumulación de ambos procesos, ya que para el caso del alcalde, se trata de una misma elección, y "resulta incongruente decidir sobre un mismo objeto" sin hacer anteladamente esa precisión.

Textualmente se aduce:

> Por extensión normativa es relevante la aplicabilidad del artículo 140 del C. de P.C., en cuanto en su numeral 4°, permite la anulación del proceso, cuando la demanda se tramitó por un proceso diferente al que corresponde. Se entiende que la causal invocada, apunta a la integridad del proceso, cuando por ejemplo, el proceso electoral se tramita por el ritual previsto para las acciones simples de nulidad sin contenido electoral, empero, a pesar de dicho criterio de tipo doctrinal, en el caso *sub-exámine*, la omisión que motiva esta providencia ostenta una trascendencia que materialmente resulta equiparable a la que ocurre cuando se tramita un proceso tergiversando la textura integral del mismo, puesto que, la situación planteada lleva al extremo de avocar al fallador a dictar sentencia contradictoria con quiebra material de todo el sentido de una norma procesal de orden público.

Finalmente, concluye decretando la nulidad de lo actuado a partir del auto de junio 19 de 1992, inclusive, para facilitar en cabal forma la aplicación de los artículos 237 y 238 del C.C.A.

El recurso de apelación

El apoderado de la parte demandada en escrito visible a folio 43, recurrió en apelación la anterior decisión, argumentando que, una vez entró para fallo el proceso, debió seguir su trámite, y que en el evento de una sentencia, en razón del principio de la cosa juzgada, no habría lugar a fallos contradictorios.

Las partes no descorrieron el traslado para alegar.

CONSIDERACIONES

Como bien lo expresa la procuradora octava séptima delegada en lo contencioso en su concepto, las nulidades procesales previstas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil son taxativas y por tanto de interpretación restringida, es decir, solo en los casos señalados en la norma procede la sanción nulitiva, sin que esta pueda hacerse extensiva a otros aspectos ajenos a su contexto.

El evento consagrado en el numeral 4 del artículo 140 citado, al establecer como nulidad el hecho de tramitarse la demanda por proceso diferente al que corresponde, tiene su fundamento jurídico en el principio constitucional del debido proceso, consagrado hoy en el artículo 29 de la Carta y se configura cuando al someterse un conflicto de intereses a decisiones de la justicia, al libelo demandatorio se le da un procedimiento distinto del indicado por la ley para ese caso, por ejemplo, imprimir trámite abreviado o especial cuando corresponde al ordinario o debiéndose impulsar éste se hace expedita la vía de cualquiera de aquéllas.

Significa lo anterior, que la circunstancia de haber ingresado el expediente para fallo, sin que previamente se definiera por el H. Tribunal de Boyacá, si procedía o no la acumulación de procesos, conforme lo prescribe el artículo 237 del C.C.A., no configura la causal de nulidad que sirve de sustento a la decisión apelada, motivo por el cual, debe revocarse tal como lo solicita la agencia fiscal, pero, advirtiendo la Sala, que al no ser potestativo del juez, sino de forzoso cumplimiento el mandato imperativo de la norma, el A-QUO, debe enderezar la actuación del proceso hasta ponerlo en estado que permita estudiar la viabilidad de la acumulación, dejando, si es del caso, sin valor el auto que dió traslado a las partes para alegar.

En mérito de lo brevemente expuesto, obrando conforme a lo solicitado por la Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar el auto de julio 29 de 1992, por el cual, el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, decretó la nulidad de lo actuado en el proceso a partir del auto de junio 19 del mismo año.

SEGUNDO: En firme ésta providencia devuélvase el expediente a su oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA- Requisitos/**ADMISION**

Tratándose de la oportunidad de estudiar la admisión de la demanda, sin estar involucrada solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, el defecto advertido respecto de las fotocopias del mismo no las torna ineptas para los fines de los artículos 137, 138 y 139 del C.C.A., si en consideración se tiene la preceptiva del artículo 35 del Decreto 2651 de 1991, sobre descongestión de despachos judiciales. El artículo 62 del citado decreto, en su inciso final, prevé la vigencia de esa normatividad transitoria a partir del 10 de enero último pasado, suspendiendo todas las normas que le sean contrarias y complementando las demás. De allí se deduce, la aptitud y eficacia de las fotocopias que se aportaron del acto acusado, autenticadas por el secretario del despacho judicial donde se hizo previa confrontación con el documento original, omitiéndose ciertamente la transcripción de la orden del juez extrañada, cuya existencia o no es un hecho que aunque desconocido de todos modos resulta inocuo e intrascendente jurídicamente dado el expreso mandato del artículo 25 transitorio del Decreto 2651 de 1991. Reputándose copia hábil e idónea del acto acusado la que se acompañó con el libelo demandatorio, no estando la misma destinada a sustentación de una medida de suspensión provisional y siendo ello susceptible de tachas y controversias en la respectiva etapa del debate procesal, ha de ser acogida con el fin de disponer, la admisión de la demanda de nulidad electoral de que se trata.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Santafé de Bogotá, DC., treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Armando Gutiérrez Velásquez*

Referencia: Expediente Nro. 0839. Electoral Segunda Instancia. ACTOR: *Ana Marlen Tinoco Beltrán y otros*

De plano, conforme lo dispuesto en la parte final del segundo inciso del artículo 232 del C.C.A., se decide el recurso de apelación interpuesto en forma y oportunidad

por el apoderado judicial de los demandantes contra la providencia de 11 de septiembre del cursante año, por cuyo conducto el Tribunal Administrativo del Tolima denegó una solicitud y rechazó demanda de nulidad contra el acto de elección de mesa directiva del Concejo Municipal de Lérida, contenido en el Acta 01 de 1o. de agosto pasado relativa a la sesión inaugural de esa corporación edilicia.

ANTECEDENTES:

El Doctor Rodolfo Martínez Sendoya, obrando con poder especial otorgado por los ciudadanos Ana Marlen Tinoco Beltrán, Melva Bermúdez de Alvis, William Martínez Pérez, Jorge Alfredo Rojas y Gonzalo Sarmiento Gómez, mediante formal escrito presentado dentro del término de caducidad contemplado en el artículo 7o. de la Ley 14 de 1988, solicita del Tribunal Administrativo del Tolima que, previos los trámites del proceso especial electoral, se declare que son nulos todos los actos administrativos proferidos por el Concejo Municipal de Lérida en su sesión inaugural del 1o. de agosto de 1992, constantes en el Acta 01 de la misma fecha, por cuya virtud fueron elegidos los señores Gustavo Zona Frasser, Octavio Acosta Rivera, Luis Eduardo Díaz y el reverendo Hernán Mendoza Bernal, como presidente, primer vicepresidente, segundo vicepresidente y secretario de esa corporación, respectivamente, para el período que se inició el 1o. de agosto último (fls. 1 y 9 a 15).

En apartes especiales del libelo incoactivo de la acción, el señor apoderado de los demandantes designa las partes, individualiza las pretensiones y el acto objeto de impugnación, hace una completa relación de los hechos y omisiones en que se funda el *petitum*, señala los basamentos de derecho, las normas que estima violadas, brinda un amplio concepto de la allegada transgresión y, finalmente, indica los elementos probatorios que, aportados o solicitados, pretende hacer valer.

En tres folios apareja fotocopias de las hojas del Libro de Actas del Concejo Municipal de Lérida, distinguidas con los números de orden 45 a 50, que reproducen el Acta 01 correspondiente a la sesión inaugural del cabildo, efectuada a partir de las cuatro de la tarde del sábado 1o. de agosto último pasado, constitutiva del acto administrativo acusado (fl. 2 a 5).

A efectos de la determinación de competencia e instancias del proceso, a la demanda se acompaña certificación sobre el monto del presupuesto de rentas e ingresos y gastos de inversión del municipio de Lérida para la vigencia fiscal de 1992, expedida por la señora Jefe de la División de Examen de cuentas municipales de la citada localidad, el que asciende a la cantidad de $299.295.825 pesos (fl. 8).

Mediante auto de 28 de agosto, una vez repartida la demanda, el magistrado sustanciador concedió a la parte actora cinco días para que dentro de ese término aportara "... copia auténtica del Acta 01 correspondiente a la sesión del 1o. de agosto de 1992 del Concejo de Lérida, toda vez que la allegada carece de valor por no aparecer la orden del Juez, como lo dispone el numeral 1o. del artículo 254 del C. de P.C." (fl. 16).

En escrito presentado el 31 de agosto siguiente, el representante judicial de los accionantes, tras calificar de insólita la orden del Tribunal, pide se dé aplicación al artículo 228 de la Constitución Nacional en aras a la prevalencia del derecho sustancial sobre las meras formas, advirtiendo que como las fotocopias demeritadas fueron entregadas a sus poderdantes tal como fueron aportadas, "... puedo afirmar bajo la gravedad del juramento que quizás ello constituya un defecto de expedición formal y, en consecuencia, para que medie la `orden judicial', el señor Magistrado ponente se dignará ordenar al Señor Presidente del Concejo Municipal de Lérida que remita una copia del Acta 01 o reproducción mecánica y en este último caso incluyendo la del oficio en que se contiene la orden judicial (artículo 139 inciso 4o. del C.C.A., modificado por el artículo 25 del Decreto-Ley 2304 de 1989)... Estas manifestaciones se formulan dentro del término de caducidad de la acción electoral propuesta, y conllevan las de notificación del primer auto, por conducta concluyente, y de renuncia de todos los términos procesales para que la orden solicitada se imparta de inmediato" (fl. 17).

Por auto calendado a 11 de septiembre del año en curso, el Tribunal del conocimiento resolvió "Denegar la solicitud del apoderado de los demandantes de pedirse por la Corporación al Concejo de Lérida la copia del acto acusado", considerando que de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2304 "... la oportunidad para deprecar del Juez que solicite el acto acusado a la oficina de origen es con la presentación de la demanda, de donde fluye con claridad meridiana que la petición que hace ahora el mandatario judicial de los demandantes es extemporánea y por ende debe rechazarse. Además, no deja de ser contradictoria la anterior petición, toda vez que el mismo demandante aportó las fotocopias que ahora nuevamente solicita, lo que significa que no le fueron denegadas por la entidad correspondiente...".

También se resolvió en el mismo proveído "rechazar la anterior demanda", estimando al efecto que la copia del Acta 01 correspondiente a la sesión del 1o. de agosto de 1992 del Concejo de Lérida, que fue aportada al expediente, viene autenticada por el Secretario del Juzgado de aquel lugar, pero no se insertó la copia de la providencia del juez que así lo ordenara, como lo manda el numeral 1o. del artículo 254 del C. de P.C., motivo por el cual y con fundamento en lo preceptuado en el artículo 26 del Decreto-Ley 2304 de 1989 se concedió al demandante el término de cinco días para que subsanara dicho defecto. Ahora bien, como el apoderado de la parte demandante renunció a los términos que tenía para corregirla, sin cumplir con tal formalidad, se impone el rechazo de la demanda conforme lo establece el artículo 26 del Decreto-Ley 2304 de 1989, modificatorio del artículo 143 del C.C.A." (fls. 19 y 20).

Contra esa providencia el mandatario judicial de los demandantes interpuso en forma y oportunidad legales recurso de apelación para que la misma sea revocada y en su lugar se disponga la tramitación de la acción, pues que si en relación con la copia del acto acusado no se pudo satisfacer a cabalidad la exigencia normativa, ello obedeció únicamente a dificultades que para su expedición opusieron las autoridades encargadas de hacerlo, nunca a desinterés o inactividad imputables a los interesados en obtenerla (fls. 21 a 24).

El recurso se concedió en el efecto suspensivo, habiéndosele impartido en esta Corporación el trámite correspondiente a los asuntos que han de decidirse en plano.

CONSIDERACIONES:

Como primer aspecto a tener en cuenta, es el relacionado con el valor probatorio de las fotocopias que del acto acusado acompañó la parte actora al libelo demandatorio.

De acuerdo con la preceptiva de los artículos 253 y 254 del C. de P.C., aplicables en este evento, los documentos pueden aportarse al proceso bien en original o bien en copia, pudiendo consistir éstas últimas en transcripción o reproducción mecánica o fotostática, caso en el cual debe estar autorizada por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada. Bajo esas circunstancias, la copia, reproducción mecánica o fotocopia, tendrá el mismo valor probatorio del documento original.

Pues bien, la objeción del Tribunal del conocimiento a la copia que se presentó con la demanda estriba en que, no obstante hallarse autenticada en cada una de sus páginas por el señor secretario del Juzgado Segundo Penal Municipal de Lérida, no aparece la orden del juez autorizando ese acto, por lo que sostiene esa corporación que la autenticación es imperfecta o no consolidada.

Mas, sin embargo, tratándose de la oportunidad de estudiar la admisión de la demanda, sin estar involucrada solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, el defecto advertido respecto de las fotocopias del mismo no las torna ineptas para los fines de los artículos 137, 138 y 139 del C.C.A., si en consideración se tiene la preceptiva del artículo 25 del Decreto 2651 de 25 de noviembre de 1991, sobre descongestión de despachos judiciales, que a la letra dice:

> "Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieren o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros".

El artículo 62 del citado Decreto, en su inciso final, prevé la vigencia de esa normatividad transitoria a partir del 10 de enero último pasado, suspendiendo todas las normas que le sean contrarias y complementando las demás.

De allí se deduce, entonces, la aptitud y eficacia de las fotocopias que se aportaron del acto acusado, autenticadas por el secretario del despacho judicial donde se hizo previa confrontación con el documento original, omitiéndose ciertamente la transcripción de la orden del juez extrañada, cuya existencia o no es un hecho que aunque desconocido de todos modos resulta inocuo e intrascendente jurídicamente dado el expreso mandato del artículo 25 transitorio del Decreto 2651 de 1991.

Se surte, entonces, que reputándose copia hábil e idónea del acto acusado la que se acompañó con el libelo demandatorio, no estando la misma destinada a sustentación de una medida de suspensión provisional y siendo ella susceptible de tachas y controversias en la respectiva etapa del debate procesal, ha de ser acogida con el fin de disponer, como en efecto se hará en la parte resolutiva de este proveído, la admisión de la demanda de nulidad electoral de que se trata.

En consecuencia, pues, se dispondrá, como se dejó advertido, la revocatoria de los ordenamientos primero, segundo y tercero del auto recurrido en apelación para, en su lugar, disponer la admisión de la demanda. En lo demás se lo confirmará.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

1.- REVOCAR los ordenamientos primero, segundo y tercero del auto calendado a 11 de septiembre de 1992, obrante a folios 19 y 20 del expediente, emanado del H. Tribunal Administrativo del Tolima, proferido en el proceso de la referencia y por cuyo conducto se rechazó la demanda, se denegó una solicitud y se dispuso la devolución de anexos a los accionantes y el archivo de las diligencias. En lo demás se lo confirma.

2.- ADMITESE LA DEMANDA de nulidad electoral propuesta mediante apoderado especial por Ana Marlen Tinoco Beltrán y otros contra el acto de elección de mesa directiva del Concejo Municipal de Lérida (Tolima) para el período iniciado el 1o. de agosto último pasado. En consecuencia, SE DISPONE:

a) Notifíquese esta providencia por edicto que se fijará durante cinco (5) días en la secretaría de la sección.

b) Notifíquese la misma personalmente al señor agente del Ministerio Público delegado en lo contencioso.

c) Notifíquese igualmente, de manera personal, a los dignatarios cuya elección se demanda y, en su defecto, de no ser posible esa forma de notificación, procédase del modo señalado en el numeral 3o. del artículo 233 del C.C.A.

d) Vencido el término de notificación, fíjese el negocio en lista por el término de tres (3) días, con la prevención que en ese plazo se podrá contestar la demanda y solicitar y/o aportar pruebas.

3.- EN FIRME esta providencia, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión efectuada el día veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente de la Sala; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Jorge Penen Deltieure, Amado Gutiérrez Velásquez,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DOCUMENTO PUBLICO/ VALOR PROBATORIO

El interrogatorio de parte absuelto de manera anticipada por el demandado, conforme lo autoriza el artículo 294 del C. de P.C. no constituye documento público a la luz de la normatividad que rige en esta materia. Una cosa es el acta levantada por el Juez con atribución jurisdiccional, imprimiéndole legalidad con su firma y otra muy distinta su contenido, que en este evento se remite a establecer un medio de convicción probatoria, tal como lo prevé el artículo 175 del mismo estatuto citado, con sujeción a sus propias normas contenidas en capítulo aparte del anteriormente mencionado. El artículo 194 *ibídem* define la confesión judicial como aquella que se hace a un juez en ejercicio de sus funciones: "las demás son extrajudiciales". Para que una y otra revistan el carácter de prueba se requiere que se ajuste a los requisitos que señalan los numerales 1 a 6 del artículo 195 del C. de P.C., solo así puede considerarse legalmente válida y producir efectos jurídicos.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Santafé de Bogotá, DC., octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 0841. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. ACTOR: *Roberto Emilio Yepes Ortega*

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante en el asunto de la referencia, contra la providencia del 31 de agosto de 1992, por la cual, el H. Tribunal Administrativo del Cesar, negó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

ANTECEDENTES

El ciudadano ROBERTO EMILIO YEPES ORTEGA, en ejercicio de la acción pública electoral demandó ante el citado Tribunal el acto de elección de Personero Municipal del municipio de Gamarra-Cesar, para el período 1992-1994.

SUSPENSION PROVISIONAL

En acápite aparte de la misma demanda, el actor solicita: "se ordene la suspensión provisional del señor RAMIRO MARTINEZ FAJARDO, como personero municipal de Gamarra para el período comprendido entre el primero (1o.) de septiembre de 1992 al treinta y uno (31) de agosto de 1994, porque con ésta elección del Concejo Municipal de Gamarra violó flagrantemente de bulto el artículo 137 del Decreto 1333 de 1986 o Código de Régimen Municipal y el artículo 280 de la C.N., que exigen elegir a una persona que sea abogado o haya terminado estudios de derecho".

PRUEBAS

Antes de ser admitida la demanda, el actor allegó con escrito adicional, la actuación original adelantada ante el Juzgado Promíscuo Municipal de la expresada localidad, respecto al interrogatorio absuelto a instancia de parte, por el personero municipal cuyo acto de elección se cuestiona, prueba con la que se pretende demostrar la existencia del hecho alegado.

AUTO APELADO

Corresponde al admisorio de la demanda calendado el 31 de agosto de 1992 (fl. 22 y ss.), en cuanto denegó la medida provisoria, bajo el argumento expuesto por el Tribunal del Cesar, de no ser "suficiente la sola afirmación del actor, para acreditar que la norma superior padece un agravio protuberante con el acto acusado...", pues, "se requería documentalmente demostrar que el señor MARTINEZ FAJARDO no reunía los requisitos señalados. A dicha conclusión sólo podemos llegar, del examen cuidadoso de las pruebas que deben ser aportadas a la demanda", las que al omitirse en este caso, hacen improcedente la medida. El *a-quo* no le da ningún valor de prueba a la declaración del demandado porque aduce, no reune las exigencias del artículo 298 del C. de P.C.

LA APELACION Y SUS FUNDAMENTOS

Al solicitar en tiempo se revise por esta Corporación la decisión anterior, el actor insiste en la flagrante violación de los artículos 137 del Decreto 1333 de 1986 y 280 de la C.N., por no reunir el elegido personero, los requisitos para desempeñar el cargo, "es decir, no ser abogado ni haber terminado estudios de derecho", afirmación que apoya en la misma manifestación que hace aquél, en el interrogatorio de parte, del cual precisa, tiene valor probatorio.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el artículo 152 del C.C.A., cuando la acción es de nulidad, para que sea posible la suspensión provisional ".. basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

En el caso a estudio el *a-quo* negó la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, en cuanto éste declaró la elección de personero del municipio de Gamarra para el período de 1992-1994, al estimar que el actor omitió anexar con la solicitud, la prueba documental tendiente a demostrar que aquél, no tiene título de abogado, ni estudios de derecho, conforme lo exige el artículo 137 del Decreto 1333 de 1986 para ejercer ese cargo, desestimando, además, como prueba, el testimonio que rindió el señor MARTINEZ FAJARDO "por cuanto no reúne las exigencias del artículo 298 del C. de P.C.".

La decisión merece conformación por parte de la Sala, pero no por las razones que aduce el Tribunal de instancia, respecto a dicha norma dado que ella regula un caso de prueba diferente al presentado como fundamento de la medida cautelar, sino porque esta prueba o sea el interrogatorio de parte absuelto de manera anticipada por el demandado, conforme lo autoriza el artículo 294 del C. de P.C., no constituye documento público a la luz de la normatividad que rige en esta materia, esto es, la sección 3, libro 2 título I, capítulo VIII del C. de P.C.

Una cosa es el acta levantada por el juez con atribución jurisdiccional, imprimiéndole legalidad con su firma y otra muy distinta su contenido, que en este evento se remite a establecer un medio de convicción probatoria, tal como lo prevé el artículo 175 del mismo estatuto citado, con sujeción a sus propias normas contenidas en capítulo aparte del anteriormente mencionado.

En efecto el artículo 194 ibídem define la confesión judicial como aquella que se hace a un juez en ejercicio de sus funciones; "las demás son extrajudiciales". Para que una y otra revistan el carácter de prueba, se requiere que se ajusten a los requisitos que señalan los numerales 1 a 6 del artículo 195 del C. de P.C., solo así puede considerarse legalmente válida y producir efectos jurídicos.

En el *sub-lite*, pretende el actor obtener la suspensión provisional del acto acusado, con fundamento en "confesión extrajudicial" documentada del personero cuyo acto de elección se demanda, pero en sentir de la Sala, la solicitud no es procedente porque los requisitos indicados en el artículo 195 antecitado, resulta imposible que se cumplan en esta etapa, tal como de sus mismos textos se desprende, siendo entonces necesario agotar el debido proceso para en la sentencia, mediante el estudio cuidadoso se llegue a la valoración de esa prueba, que si bien, en esta oportunidad no produce el efecto perseguido por el actor, si debe ser analizada en su contenido y alcance apreciándola en conjunto con los demás elementos de juicio que obren en el expediente, al momento de producirse el fallo, pues la sala estima que en su práctica se sujetó a lo dispuesto en el artículo 294 y demás normas concordantes del C. de P.C.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar el auto de fecha 31 de agosto de 1992, por el cual, el H. Tribunal Administrativo del Cesar, negó la suspensión provisional del acto acusado.

SEGUNDO: En firme esta providencia vuelva el expediente a su lugar de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Delteure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACTA DE ESCRUTINIO/ ELECCIONES LOCALES

Si bien es cierto que el artículo 316 de la Constitución Nacional, establece de manera perentoria, que en las votaciones que se realicen para elegir autoridades locales, "sólo pueden participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio", también lo es, que la disposición no determina la clase de sanción a imponer, a quienes infrinjan el precepto , si es de nulidad o de qué carácter, y mediante la Ley 02 de febrero 21 de 1992, por la que se dictaron algunas disposiciones en relación con las elecciones del pasado 8 de marzo de 1992, tampoco la impuso, pues en su artículo 1o. únicamente estableció que, quienes votaran en estos comicios estaban afirmando bajo la gravedad de juramento, residir en el respectivo municipio y en caso de faltar a la verdad el elector se haría acreedor a "sanciones legales". La infracción alegada no configura causal de nulidad, en ninguno de los eventos que de manera taxativa consagra el artículo 223 del C.C.A., razón esta que en sentir de la Sala es suficiente para desestimar el cargo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 0788

ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA

Actor: *Luis Alfonso Galvis García*

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 6 de agosto de 1992, mediante la cual, denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

I.- La demanda

Obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción pública electoral, el ciudadano LUIS ALFONSO GALVIS GARCIA, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el acto de elección del señor ZALATIEL BARRERO FARGAN, como Alcalde del municipio de Villapinzón (Cundinamarca), para el período 1992-1994, acto realizado por la comisión escrutadora municipal el 10 de marzo del presente año.

II.- Fundamentos de la acción

Aduce el actor que en las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992 en el municipio de Villapinzón, especialmente las de alcalde, se presentaron "situaciones irregulares" que ponen en "entredicho" la elección de la primera autoridad municipal, como las siguientes:

1.- "Hubo jurados que entregaron tarjetones marcados a los electores con el No. 3 que correspondía al señor ZALATIEL BARRERO FARFAN, actuación que constituye un verdadero fraude y vicia la declaratoria de elección".

2.- "Algunos miembros de los jurados inducen a los electores para que voten por ZALATIEL BARRERO (No. 3 en el tarjetón), desacatan de una manera manifiesta la imparcialidad".

3.- "Se presenta una flagrante violación del artículo 316 de la Constitución Nacional, cuyo mandato establece la residencia de los sufragantes dentro de la respectiva jurisdicción para elegir (alcalde) autoridades locales...".

En relación con este hecho presenta el demandante una lista de cincuenta y cinco (55) personas (fl. 21), que según afirma, sin ser residentes, votaron en Villapinzón.

4.- El día de las elecciones, en lugares próximos a las mesas de votación, "Zalatiel Barrero Farfán o cualquiera de sus adeptos", contrató un conjunto musical, con el fin de inducir al electorado para que marcara el No. 3 en el tarjetón por alcalde.

5.- "El Registrador Municipal no dejó votar a personas que poseían el nuevo instrumento de identificación para ejercer el derecho al sufragio. Además los sufragantes que estaban censados electoralmente en la mesa especial, que para el efecto se señaló por parte del mentado funcionario, tampoco, pudieron ejercer el derecho inalienable del sufragio".

6.- "El señor ZALATIEL BARRERO FARFAN se encuentra legalmente impedido para asumir el cargo..." porque es funcionario de la Caja Nacional de Previsión Social y ejerce jurisdicción y mando...", cita al efecto el artículo 1 de la Ley 49 de 1987 que señala el caso como inhabilidad.'

III.- Normas violadas y conceptos de violación

Considera infringidos el artículo 316 de la C.N., norma que establece la residencia de los sufragantes dentro de la respectiva jurisdicción, y más de un centenar de electores no residen en el municipio. El artículo 1 de la ley 49 de 1987 porque el señor Barrero Farfán conservaba la investidura de funcionario público al momento de la elección.

IV.- Contestación de la demanda

El apoderado del elegido alcalde de Villapinzón, en escrito que obra a folios 22 y s.s., acepta los dos primeros hechos de la demanda, y respecto a los demás manifiesta no ser ciertos porque las elecciones en este municipio, se desarrollaron normalmente, de tal manera que los ciudadanos expresaron libremente su voluntad en las urnas. Y podían hacerlo, dado que, ni el Consejo Nacional Electoral ni la Registraduría Nacional del Estado Civil, anularon ninguna inscripción, como sí ocurrió en otros municipios del país.

Respecto al desempeño del cargo por parte del demandado en la Caja Nacional de Previsión Social, precisa el apoderado que ello ocurrió hasta el 16 de diciembre de 1986.

V.- Pruebas

Ambas partes allegaron y solicitaron oportunamente pruebas, decretadas en auto del 14 de mayo de 1992 (fls. 45 y s.s.).

VI.- La sentencia apelada

Agotada la etapa procesal y descorrido el traslado por la procuradora 10 Judicial (fls. 83 y ss.), el H. Tribunal de Instancia denegó las pretensiones de la demanda, disponiendo su archivo.

La resolutiva del fallo, tiene como antecedente el análisis que hace el *a-quo* de los dos cargos en que divide su estudio, partiendo de la valoración de las pruebas allegadas por las partes.

En relación con el primer cargo, consistente en la violación del artículo 316 de la C.N., por haber sufragado en el municipio de Villapinzón, individuos no residentes en ésta circunscripción electoral, luego de analizar los testimonios recepcionados a solicitud de la parte demandante, concluye afirmando que ellos no prueban los hechos en que se basan las pretensiones de la demanda.

Además, esa circunstancia no constituye nulidad de la elección, así como tampoco invalida el acto de la inscripción "toda vez que la aseveración bajo la gravedad del juramento de residir en el respectivo municipio, se entiende que su realización, se

efectúa en el momento de la votación como claramente se vislumbra del texto del artículo 1 de la ley 02" de febrero 21 de 1992, siendo sus consecuencias de carácter penal.

Seguidamente se refiere el Tribunal a los requisitos que se deben cumplir para que la inscripción del ciudadano que aspire a votar, tenga validez conforme lo consagra el artículo 78 del C.E., sin que la norma señale como tal, el de estar residenciado en el municipio donde se va a verificar la votación, razones que condujeron a que se desestimara la acusación.

El segundo cargo apunta a la violación del artículo 1 de la ley 49 de 1987, que adicionó el artículo 5 de la Ley 78 de 1986, respecto a él precisa el *a-quo*, que pese a no citarse expresamente causal de inhabilidad alguna, el actor se estaba refiriendo a la consagrada en el numeral e) de la citada disposición porque siendo funcionario de la Caja Nacional de Previsión Social, con jurisdicción y mando, ha debido renunciar al ejercicio del cargo, seis meses antes de la fecha de la elección, y no lo hizo conservando tal investidura. El cargo no prosperó por falta de pruebas.

VII.- La apelación

En término interpuso este recurso el demandado (fl. 109), sin ninguna sustentación, expresando solamente que la providencia apelada "atenta contra los intereses de la comunidad de Villapinzón y desvirtúa su decisión en la elección de alcalde del pasado ocho (8) de marzo".

VIII.- Alegato de la parte demandada

Al descorrer el traslado, solo esta parte hizo uso del término para alegar; en efecto, su apoderado en escrito visible a folios 116 y ss., solicita se confirme el fallo apelado, porque "si es evidente que las pruebas del demandante resultaron inocuas e impropias respecto del alcance de las normas en las cuales pretendió amparar sus peticiones, también es cierto que, tampoco, invocó ni explicó las causales de nulidad específicamente señaladas en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo. Y si quiso demostrar con puros y simples o hipotéticos razonamientos, la violación del artículo 316 de la Constitución Política de igual modo ignoró por completo la existencia del artículo 1° de la ley 02 del 21 de febrero de 1992, dictada precisamente para aclarar las confusiones suscitadas por la norma superior que, por carecer de desarrollos o de reglamentación, resulta, por ahora, inaplicable, como bien lo sostiene el *a-quo* en la ilustrada sentencia objeto del recurso de apelación".

Agrega estar demostrado que ZALATIEL BARRERO FARFAN sí fue funcionario de la Caja Nacional de Previsión Social, pero hasta el 16 de diciembre de 1986, o sea, más de cinco años antes de las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992.

IX.- Concepto Fiscal

La Procuradora Octava Delegada en lo contencioso señala en su concepto que los cargos que hace el actor al acto acusado se reducen a dos:

"1. Que más de un centenar de electores no residen en el municipio de Villapinzón, y votaron en ese municipio y,

2. Que el alcalde electo se encuentra impedido para asumir el cargo, porque es funcionario de la Caja Nacional de Previsión Social y ejerce jurisdicción y mando".

Respecto al primero, observa que, por ser las causales de nulidad previstas en el artículo 223 del C.C.A., de carácter taxativo no es posible su aplicación por analogía, o sea, que no es posible extenderlas a informalidades diferentes a los casos que los mismos consagran, premisa de la cual saca como conclusión que el hecho alegado no configura causal de nulidad y tampoco está así exigido en el artículo 316 de la C.N.

Del segundo cargo, señala la agencia fiscal haberse desvirtuado en el proceso, con la constancia expedida por el jefe de personal de la Caja de Previsión Social (fl. 26), según el cual el demandado "estuvo vinculado a la entidad en referencia desde el 25 de septiembre de 1970 hasta el día 1 de diciembre de 1986, fecha en la cual fue destituido del cargo", prueba con la que se desvirtúa el hecho alegado, por tanto, solicita para la sentencia apelada su confirmación.

CONSIDERACIONES

Antes de entrar en el análisis de las acusaciones que formula el demandante, el acto administrativo expedido por la Comisión Escrutadora Municipal el 10 de marzo de 1992, en cuanto mediante éste, declaró electo al ciudadano ZALATIEL BARRERO FARFAN como alcalde de Villapinzón, Cundinamarca, la Sala ante lo observado por el apoderado del demandado (fl. 23), y la procuradora 10 judicial al emitir concepto (fl. 84), en relación con la prueba del presupuesto municipal, con el fin de determinar si el proceso es de única o de primera instancia, considera oportuno recordar, que de conformidad con lo previsto en el inciso primero, artículo 29 de la ley 78 de 1986, "los tribunales administrativos conocen en primera instancia de las demandas de nulidad sobre elección de alcaldes y el Consejo de Estado en segunda instancia", siendo entonces la ley la que determina, por la misma naturaleza del asunto y no por la cuantía, la competencia de esta clase de acciones, con base en la prueba del presupuesto municipal.

Pasando al estudio de los cargos en que sustenta las pretensiones de la demanda, observa la Sala que éstos se reducen a tres.

EL PRIMERO, consiste en una serie de irregularidades, según el actor, en los comicios celebrados en el municipio de Villapinzón el 10 de marzo de 1992, concretamente en lo que respecta a la elección de alcalde.

En efecto, se aduce que hubo jurados que entregaron tarjetones marcados a los electores, No. 3 que correspondía al candidato ZALATIEL BARRERO FARFAN, induciéndolos a votar por éste.

El mismo candidato o "cualquiera de sus adeptos" con el fin de obtener votos, instalaron un conjunto musical a menos de veinte metros de la mesa de votación.

El Registrador Municipal impidió el ejercicio del sufragio, a personas que poseían el nuevo instrumento de identificación y a quienes estaban censados en mesas especial.

Para la Sala, el cuestionario que se hace al acto de elección, sobre la base de estos supuestos fácticos, no tiene asidero legal alguno en el proceso, pues el actor, de una parte, no indica qué normas de superior o igual jerarquía resultan violadas con el acto acusado y de la otra, tampoco expresa cuál o cuáles son las causales de nulidad que deben ser motivo de examen, es decir, de confrontación de esas normas frente al acto acusado, para deducir, si se da la pretendida infracción, que es en últimas el objetivo perseguido con la acción.

En el segundo cargo, se aduce la violación del artículo 316 de la Constitución Nacional, que establece la residencia de los sufragantes dentro de la respectiva jurisdicción municipal para la elección de autoridades locales, "y más de un centenar de electores no residen en el municipio".

Así, brevemente, presenta el actor esta acusación con apoyo en prueba testimonial, recepcionada parcialmente, haciendo una relación de personas que supuestamente, actuaron en las elecciones para alcalde de Villapinzón, en contravía de la norma constitucional.

Respecto a este cargo, considera la Sala, que no obstante indicarse la norma que se estima infringida, no se dice cual causal contiene el supuesto de hecho alegado por el actor. Y es que no podía hacerlo, porque si se examinan los casos que configuran causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación, consagrados en el artículo 223 del C.C.A., ninguno de ellos coincide con tal supuesto; ahora, si bien es cierto que el artículo 316 de la C.N., establece de manera perentoria, que en las votaciones que se realicen para elegir autoridades locales, "sólo pueden participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio", también lo es, que la disposición no determina la clase de sanción a imponer, a quienes infrinjan el precepto, si es de nulidad o de qué carácter, y mediante la ley 02 de febrero 21 de 1992, por la que se dictaron algunas disposiciones en relación con las elecciones del pasado 8 de marzo de 1992, tampoco la impuso, pues en su artículo 1 únicamente estableció, que, quienes votaran en esos comicios estaban afirmando bajo la gravedad del juramento, residir en el respectivo municipio y en caso de faltar a la verdad el elector se haría acreedor a "sanciones legales".

Por eso, es acertado el criterio sentado por el *a-quo* al advertir que esas sanciones son de carácter penal y no administrativas. También cuando expresa que la norma constitucional que se estima infringida debe ser reglamentada por el legislador, "estableciendo la oportunidad, las formalidades, la autoridad competente y el procedimiento a seguir para hacer efectiva esta participación ciudadana, y las consecuencias jurídicas y sanciones a que haya lugar para quienes votan sin estar residenciados en el municipio donde se realiza el debate democrático".

En conclusión la infracción alegada como bien se dice en el fallo que motiva este estudio y lo reitera la representante del Ministerio Público, no configura causal de nulidad, en ninguno de los eventos que de manera taxativa, consagra el artículo 223 del C.C.A., razón esta que en sentir de la sala es suficiente para desestimar, como en efecto lo hace, el cargo.

Finalmente, en relación con el tercer cargo, se dice textualmente:

> "El señor ZALATIEL BARRERO FARFAN, se encuentra legalmente impedido para asumir el cargo de alcalde especial de Villapinzón (Cundinamarca), porque es funcionario público de la Caja Nacional de Previsión Social y ejerce jurisdicción y mando; la ley 49 de 1987 en su artículo 1, nos habla de una manera inequívoca sobre esta inhabilidad, es decir que el impedimento proviene al no hace dejación del cargo en el término de los seis (6) meses anteriores (3 de marzo de 1992) a la elección".

Al examinar el proceso con miras a analizar los elementos de juicio en los que se apoya el cargo, encuentra la Sala, que el actor no allegó ni solicitó pruebas para demostrarlo, siendo que le correspondía tal carga probatoria. Se limitó a afirmar el hecho pero olvidó su soporte material, es decir la prueba, sobre la cual debe fundarse toda decisión si el asunto no es de puro derecho, y que debe ser regular y oportunamente allegada al proceso conforme lo previene el artículo 174 del C. de P.C.

En cambio, el apoderado del alcalde cuyo acto de elección se impugna, para desvirtuar el hecho que considera de "erróneo enunciado" precisa que, ciertamente el ciudadano Barrero Farfán fue empleado o funcionario de la Caja Nacional de Previsión Social, pero hasta el 16 de diciembre de 1986.

Pero no solo afirmó, sino que, para comprobar su aserto, allegó oportunamente un certificado expedido por el jefe de personal de la antecitada entidad, en el que se hace detallada relación de los cargos desempeñados por el elegido alcalde, con especificación de fechas y años hasta llegar al último que ejerció como jefe de división, grado 8 hasta el 16 de diciembre de 1986, fecha que coincide con la mencionada por dicho apoderado.

El certificado fue otorgado por funcionario público en ejercicio de sus funciones, y como documento público se presume auténtico, pues no fue tachado de falso.

La sala estima que si bien el actor ignoró la carga de la prueba y la ausencia de ésta por activa era suficiente para desestimar el cargo, el documento que aportó el procurador judicial del demandado, lo desvirtuó completamente dejándolo sin fundamento alguno, haciéndolo impróspero.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto de la procuradora delegada en lo contencioso,

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, de agosto 6 de 1992, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Delteure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NEGACION INDEFINIDA/CARGA DE LA PRUEBA

Está de acuerdo la corporación con el *a-quo* respecto a que la demanda se fundamenta en negaciones indefinidas, se trata de hechos que han podido ocurrir en numerosos lugares y en un largo espacio de tiempo, que dificulta gravemente el suministro de la prueba sobre los mismos, lo que trae como consecuencia que se invierta la carga de la prueba sobre esos hechos, pues correrá a cargo del demandado demostrar que sí reúne los requisitos, si es que quiere desvirtuar lo dicho en el libelo, para quien resulta más fácil aportar la prueba al respecto, por tratarse de hechos personales.

ALCALDE- Requisitos/ **DOMICILIO LEGAL**

No puede confundirse "declarar bajo juramento residir en el municipio donde se iba a votar en las elecciones, con "presumir que quien votó en dichas elecciones, es residente en el municipio donde lo hizo", pues lo primero obedece a la conducta que debía cumplir la persona que en dicha fecha iba a votar y lo segundo es la consecuencia que el recurrrente quiere deducir del juramento que debía prestar al votante, consecuencias que no es necesaria, pues existe la posibilidad de que no todos los sufragantes de esa fecha residieran en el municipio donde votaron, habiendo incurrido en falso juramento. La vecindad a la que se refiere el artículo 2o. de la Ley 49 de 1987, excluye la noción de domicilio legal para prohijar la de domicilio voluntario, pues al indicar en el parágrafo que para los efectos de dicha disposición, debe entenderse por vecindad la que se define y establece en el C.C. en su artículo 78, se está concretando solamente a dicha norma que es la que consagra dicho tipo de domicilio y no a los artículos 88 y 89 *ibídem*, que regulan lo relativo al domicilio legal. De la prueba aportada al proceso por ambas partes, se deduce que el demandado no nació en el municipio de Gutiérrez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Santafé de Bogotá, DC., noviembre cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 0791. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. Actor: *Carlos Emilio Paez Ladino.*

Se encuentra en esta corporación el presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de agosto 6 de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda (fl. 160 y ss.).

ANTECEDENTES

Mediante libelo presentado en abril 2 de 1992 el señor Carlos Emilio Páez Ladino, obrando en nombre propio, solicita se hagan las siguientes declaraciones:

> PRIMERA: Que es (sic) nula la declaratoria de elección como alcalde del municipio de Gutiérrez, departamento de Cundinamarca, para el período 1992-1994, del señor Juan Pablo Moreno Romero, hecha el día diez (10) de marzo de 1992, por la comisión escrutadora municipal de Gutiérrez, departamento de Cundinamarca.
>
> SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la cancelación de la respectiva credencial, expedida el diez (10) de marzo de 1992, por la Comisión Escrutadora Municipal de Gutiérrez, departamento de Cundinamarca.
>
> TERCERA: Que se expidan las comunicaciones pertinentes para los efectos de ley.

Narra como hechos fundamentales de lo pedido, los siguientes:

1.- El 3 de marzo de 1992, se efectuaron las elecciones para alcaldes municipales en el país, correspondientes al período constitucional 1992-1994 y el 10 de marzo siguiente, se iniciaron en el municipio de Gutiérrez, departamento de Cundinamarca, los respectivos escrutinios municipales, finalizando el mismo día, dando como resultado que se declaró electo como alcalde, de ese municipio, al señor Juan Pablo Moreno Romero, siéndole expedida la respectiva credencial por la Comisión Escrutadora Municipal.

2.- El señor Juan Pablo Moreno Romero nació el 21 de junio de 1962 en Bogotá, según c.c. No. 19.478.755 de donde es vecino.

3.- Dicho señor no fue vecino del municipio de Gutiérrez, durante el año anterior a su inscripción como candidato, lo que ocurrió el 2 de febrero de 1992, ni durante tres años consecutivos en cualquier tiempo, por lo cual no reúne los requisitos necesarios para ser alcalde del mencionado municipio.

4.- El nombre del señor Juan Pablo Moreno Romero, según oficio 03 de enero 21 de 1992 expedido por el Registrador del Estado Civil de Gutiérrez, no se halla inscrito

en los archivos del registro civil de nacimiento, ni en las tarjetas alfabéticas de cedulación.

5.- El citado señor para salir electo, hizo inscribir a personas no residentes en el municipio de Gutiérrez, entre las cuales figura él mismo, como se puede constatar en el renglón No. 6 de la hoja No. 002 de la lista de ciudadanos inscritos en el formato E-3 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, votando él mismo en dicho municipio el 8 de marzo de 1992, a pesar de no ser residente de allí, violando el artículo 315 de la Constitución Nacional.

6.- Juan Pablo Moreno Romero es hijo del actual alcalde municipal de Gutiérrez, Tomás Aquino Moreno Riveros, lo que constituye un claro acto de nepotismo antiético.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señala como tales los artículos 2 de la ley 49 de 1987 en concordancia con el numeral 5° del art. 223 del C.C.A., pues la primera norma citada determina las calidades de las personas aspirantes a ser alcaldes municipales, las cuales no las reúne el señor Juan Pablo Moreno Romero, pues no es nacido en el municipio de Gutiérrez, ni ha sido vecino del mismo por tres años consecutivos, ni durante el año anterior a su inscripción como candidato a la alcaldía de ese municipio.

Como hecho indicativo de lo anterior, el señor Juan Pablo Moreno Romero, no había ejercido el derecho al voto en el municipio de Gutiérrez antes del 8 de marzo de 1992, pues para hacerlo tuvo que inscribir su cédula de ciudadanía en ese municipio.

SENTENCIA IMPUGNADA

Sostiene la sentencia del *a-quo* como fundamento de su decisión, que el concepto de vecindad utilizado por el artículo 2 de la ley 49 de 1987 tiene relación con el concepto de domicilio señalado en el art. 78 del C.C., por lo cual el legislador al indicar las calidades necesarias para ser electo alcalde, desechó la noción de domicilio legal para establecer el voluntario, que corresponderá establecer en cada caso de acuerdo a las circunstancias particulares.

Que como la parte actora afirma en la demanda que Juan Pablo Moreno Romero, no reúne las calidades de que trata el artículo 2 de la Ley 49 de 1987, resulta ser que plantea una negación indefinida por lo cual, de conformidad con lo regulado en el artículo 177 del C. de P.C., las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren de prueba, y por ello en el presente caso se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole al elegido comprobar que sí reúne las calidades de ley para el cargo.

Con la demanda se aportó una fotocopia auténtica de una certificación expedida por el Registrador del Estado Civil del municipio de Gutiérrez, en donde se afirma que revisados los archivos de registro civil de nacimiento y las tarjetas alfabéticas de cedulación no se halló inscrito el nombre de Juan Pablo Moreno Romero, documento

del cual infiere la sala la prueba de que en relación al electo alcalde del municipio de Gutiérrez su nacimiento no fue registrado en dicha localidad.

Del análisis de las pruebas aportadas por las partes, el *a-quo* concluye que en momento alguno acreditó el demandado reunir los requisitos exigidos por la ley para ser electo alcalde de Gutiérrez, por lo cual accedió a las peticiones del libelo.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

No está de acuerdo el recurrente con lo afirmado por el *a-quo* sobre la negación indefinida expresada en la demanda, respecto a que el demandado no reunía los requisitos exigidos por la ley para ser electo alcalde del municipio de Gutiérrez, y la carga de la prueba a cargo del demandado, pues parte el Tribunal de una premisa incompleta, al no tener en cuenta lo dispuesto en la ley 2 de 1992, que presume que quien votó en las elecciones del 8 de marzo de 1992, es residente del municipio donde votó y conforme al artículo 176 del C. de P.C., el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, por lo cual, al elegido no le correspondía acreditar lo relativo a su domicilio en el municipio de Gutiérrez.

Tampoco lo está respecto a que el domicilio legal no lo tuvo en cuenta el legislador al señalar la noción de "vecindad", y en respaldo de su posición cita jurisprudencia de la C.S.J. Plantea la excepción de inconstitucionalidad en contra del artículo 2 de la ley 49 de 1987, al estar en contrapelo del artículo 40 de la C.N., al disponer esta norma, que todo ciudadano sin excepción, tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. La norma superior no fijó requisitos para el ejercicio de este derecho, por ello mal pueden aplicarse las señaladas por la ley 49 de 1987.

Con el memorial mediante el cual interpone el recurso de apelación, acompañó en forma extemporánea unos documentos, partida de bautismo y registros civiles de nacimiento y matrimonio, lo mismo que unas declaraciones de testigos recepcionadas fuera de proceso ante el Juez Promíscuo Municipal de Gutiérrez (fls. 213-323), para ser tenidas en cuenta al resolver el recurso.

Mediante escrito presentado en septiembre 8 de 1992 el apoderado del demandado, termina de sustentar la apelación interpuesta (fls. 231-239).

El demandante al oponerse a los argumentos expuestos por el apelante, reitera los señalados en su demanda.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA DELEGADA

En su concepto la Procuradora Séptima Delegada (E), manifiesta no tener asidero legal la nulidad procesal propuesta por el demandado, pues la Ley 78 de 1986 en su artículo 29 fijó a los tribunales en primera instancia y al Consejo de Estado en segunda, el conocimiento de las demandas de nulidad sobre elección popular de alcaldes.

Dijo estar de acuerdo con el Tribunal respecto a que en la demanda el debate se plantea frente a las negaciones indefinidas contenidas en ella, que relevan al actor de la carga de la prueba para demostrarlas, desplazándola al demandado.

Está de acuerdo con el análisis probatorio hecho en la providencia impugnada y con las conclusiones deducidas en ella, por lo cual pide sea confirmada (fls. 270 a 281).

CONSIDERACIONES

Agotado como se encuentra el trámite en esta segunda instancia, pasa esta corporación a resolver la apelación, anotando que como la nulidad procesal propuesta por el demandado, fue rechazada de plano por el *a-quo*, por ser extemporánea, providencia que está en firme, no es del caso estudiar ese punto.

1.- Está de acuerdo la corporación con el *a-quo* respecto a que la demanda se fundamenta en negaciones indefinidas al expresar que el demandado no reúne los requisitos exigidos en el artículo 2 de la Ley 49 de 1987, pues se trata de hechos que han podido ocurrir en numerosos lugares y en un largo espacio de tiempo, que dificulta grandemente el suministro de la prueba sobre los mismos, lo que trae como consecuencia que se invierta la carga de la prueba sobre esos hechos, pues correrá a cargo del demandado demostrar que sí reúne dichos requisitos, si es que quiere desvirtuar lo afirmado en el libelo, para quien resulta más fácil aportar la prueba al respecto, por tratarse de hechos personales.

No puede confundirse "declarar bajo juramento residir en el municipio donde se iba a votar en las elecciones del 8 de marzo de 1992" (art. 1 ley 2 de 1992), con "presumir que quien votó en dichas elecciones, es residente en el municipio donde lo hizo", pues lo primero obedece a la conducta que debía cumplir la persona que en dicha fecha iba a votar y lo segundo es la consecuencia que el recurrente quiere deducir del juramento que debía prestar el votante, consecuencia que no es necesaria, pues existe la posibilidad de que no todos los sufragantes de esa fecha residieran en el municipio donde votaron, habiendo incurrido en falso juramento.

Sobre este tema el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de octubre 26 de 1977. Exp. 317. Consejero ponente Dr. Bernardo Ortiz Amaya, y la Sala Electoral en sentencia de mayo 26 de 1987, Consejero Ponente Doctor Simón Rodríguez, se expresó en el mismo sentido.

2. Igualmente acoge el criterio consistente en que la vecindad a la que se refiere el artículo 2 de la Ley 49 de 1987, excluye la noción de domicilio legal para prohijar la de domicilio voluntario, pues al indicar en el parágrafo que para los efectos de dicha disposición, debe entenderse por vecindad la que define y establece el C.C. en su art. 78, se está concretando solamente a dicha norma que es la que consagra dicho tipo de domicilio y no a los artículos 88 y 89 *ibídem*, que regulan lo relativo al domicilio legal.

3.- De la prueba aportada al proceso por ambas partes (documental y testimonial), se deduce que el señor Juan Pablo Moreno Romero no nació en el municipio de Gu-

tiérrez, Cundinamarca (oficio 03 de enero 21 de 1992 de la Registraduría del Estado Civil de Gutiérrez fl. 16), pues de la fotocopia de la cédula de ciudadanía que de dicho señor se acompañó con la demanda (fl. 20), se deduce que nació en Bogotá el día 21 de marzo de 1962.

Además, hay prueba testimonial según declaración de Gerardo García Ladino, en el sentido de que para la época en que la señora madre de Juan Pablo se retiró del municipio de Gutiérrez para irse a Ubague, "a petición de Tomás el esposo de ella por los años 1952 o 1953 en un camión de Tomás", la llevó a ella con dos peladitas y un caballito pony que tenían (fls. 97 a 100), es decir, que cuando dicha señora se fue del municipio de Gutiérrez Juan Pablo Moreno Romero no había nacido.

En general los testigos presentados por ambas partes, cuyas declaraciones aparecen rendidas a folios 85 a 138, son acordes en manifestar que veían a Juan Pablo Moreno los fines de semana en el municipio de Gutiérrez, a veces desde el viernes, otras desde el sábado y hasta el domingo o lunes. Algunos de estos testigos dicen conocerlo desde cuando estudiaba en la Universidad en Bogotá, otros, solo cuando como abogado llegó a ese municipio a hacer campaña política para la alcaldía del papá y luego para él. Cuando llegaba al pueblo se hospedaba en la casa de Diego Díaz, otras veces donde Lola Romero y otras donde Hernando Ladino García. Ninguno de los mencionados deponentes da a entender que dicho señor viviera permanentemente en ese municipio; al contrario indican que solo iba los fines de semana, permaneciendo la mayor parte del tiempo en Bogotá donde tiene su oficina en la carrera 15 No. 99-13 oficinas 206 y 207, según aparece de la fotocopia de la tarjeta de abogado que con la demanda se acompañó (fl. 21), todo lo cual y de acuerdo a lo regulado en el art. 80 del C.C., nos indica que su domicilio para las épocas a que hace referencia el artículo 2 de la Ley 49 de 1987 era la ciudad de Bogotá.

En parte alguna se demuestra que dicho señor tuviera oficina establecida en Gutiérrez o bienes de su propiedad ubicados en ese municipio.

Respecto a la excepción de inconstitucionalidad que el demandado plantea en contra del artículo 2 de la Ley 49 de 1987, por ser violatorio, según él, del artículo 40 de la C.N., que dispone, todo ciudadano sin excepción, tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, sin fijar requisitos para el ejercicio de ese derecho, tenemos que el artículo 293 de la C. N. dice:

> Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fechas de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que son elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones.

Norma que al ser posterior al artículo 40 y referirse en forma especial a "la organización territorial", la condiciona, en el sentido de estar sometida a la reglamentación legal respecto al desempeño de funciones públicas por parte de los ciudadanos

elegidos por voto popular de las entidades territoriales, por lo cual dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo anotado habrá de confirmarse la sentencia recurrida.

Sin más razonamientos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, de acuerdo con la Procuradora Delegada (E) en lo Contencioso y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia de agosto 6 de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

SEGUNDO: Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para que libren los oficios correspondientes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Delteure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE- Inhabilidades/**CONTRATO**

El contrato de compraventa se realizó en el municipio, durante el mes de diciembre de 1991. En cuanto hace a las partes, no cabe duda que la contratante es el municipio y el contratista es la ferretería y/o el propietario de ésta, según lo certificó el secretario de la Cámara de Comercio. La elección del demandado como alcalde del municipio se llevó a cabo el 10 de marzo de 1992 y el contrato de compraventa realizado entre el alcalde elegido y el municipio para el cual lo fue, se perfeccionó y cumplió, en diciembre de 1991, esto es, dentro de los tres meses que precedieron a la elección; en esas condiciones, el demandado estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en la Ley 49 de 1987 y por lo tanto, la elección así cumplida debía ser declarada nula, como en efecto la declaró el tribunal de instancia.

DOCUMENTO. VALOR PROBATORIO/PRUEBAS/PRESUNCION

La prueba la constituyen los documentos solicitados por el Alcalde al tesorero del municipio y si el último de los funcionarios mencionados, los expidió y remitió en reproducciones mecánicas, autenticadas ante notario, pero no de sus respectivos originales sino de sendas copias, esta no es razón para presumir su autenticidad, tomando en cuenta que aquellas se solicitaron a los funcionarios de la administración local y se expidieron de la forma como quedó dicho.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Santafé de Bogotá, DC., noviembre cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 0794. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. Actor: *Luz Stella Nieto Agudelo*

Se resuelve el recurso de apelación intentado por el apoderado del señor ALONSO CASTRO OSORIO, cuya nulidad como alcalde popular del municipio de Alcalá, Valle, se demanda en este proceso.

ANTECEDENTES

1.- En ejercicio de la acción pública electoral y actuando en su propio nombre, la abogada LUZ STELLA NIETO AGUDELO, demandó del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la nulidad del acto declaratorio de la elección del señor ALONSO CASTRO OSORIO, como alcalde del municipio de Alcalá, Valle, para el período comprendido entre el 1o. de junio de 1992 y el 31 de diciembre de 1994.

La demandante afirma que el acto impugnado es violatorio del literal e), del artículo 1o. de la Ley 49 de 1987, que modificó y adicionó la ley 78 de 1986, en su artículo 5o., pues, dentro de los tres meses anteriores a su elección, el señor CASTRO OSORIO, intervino en la gestión de asuntos y negocios y en la celebración de contratos en el municipio de Alcalá, en su propio interés y en el de un establecimiento de su propiedad, denominado ferretería "El Porvenir", cuya actividad comercial es la compraventa de artículos de ferretería y construcción.

Afirma que entre el 12 y el 31 de diciembre de 1991, el señor ALONSO CASTRO realizó un contrato de compraventa de materiales para construcción, con la Administración Central del municipio de Alcalá, por valor de doscientos mil pesos ($200.000.oo), contrato que se ejecutó y cumplió en ese municipio; y para demostrar la referida contratación, anexó con la demanda los siguientes documentos:

a.- Certificación expedida por la Tesorería Municipal de Alcalá, Valle, según la cual, el señor ALONSO CASTRO OSORIO, aparece inscrito en la ficha de industria y comercio, como propietario de la ferretería "El Porvenir" (fl. 16).

b.- Comprobante de egreso No. 2678, de diciembre 31 de 1991, por valor de ciento noventa y tres mil setecientos cincuenta pesos ($193.750.oo), por concepto de compra de materiales de construcción, a favor de la ferretería "El Porvenir" y/o Alonso Castro Osorio, girado por la Tesorería Municipal de Alcalá, mediante cheque No. C-5142817 de la Caja Agraria, cuenta No. 6901-000780 y recibido por el beneficiario Alonso Castro (fl. 7).

c.- Orden de pago 1957, a favor de la Ferretería "El Porvenir" y/o Alonso Castro Osorio (fl. 8).

d.- Resolución de pago No. 1136 del 16 de diciembre de 1991, por valor de doscientos mil pesos ($200.000.oo), a favor de la Ferretería "El Porvenir", emanada de la Alcaldía de Alcalá (fl. 9).

e.- Orden de gasto No. 1672 del 13 de diciembre de 1991, beneficiario, Ferretería "El Porvenir" y/o Alonso Castro Osorio, por concepto de compraventa de materiales de construcción, por valor de doscientos mil pesos ($200.000.oo) (fl. 11).

f.- Solicitud de cotización No. 0946 del 12 de diciembre de 1991, a la Ferretería "El Porvenir", por materiales de construcción, en valor de doscientos mil pesos ($200.000.oo) (fl. 12).

g.- Factura No. 226 expedida por la Ferretería "El Porvenir", a favor de la alcaldía, por valor de doscientos mil pesos ($200.000.oo) y por concepto de materiales de construcción, para el cuerpo de bomberos voluntarios de ese municipio (fl. 13).

h.- Comprobante de recibo de la resolución No. 2713 (fl. 10).

En el mismo libelo incoatorio, la demandante solicitó la suspensión provisional del acto acusado, argumentando que, comparados los documentos públicos relacionados antes, con el texto de la norma que cita como transgredida, surgía ostensible y de bulto, la violación de la Ley.

2.- Por reunir los requisitos formales, la demanda fue admitida y en el mismo proveído se negó la suspensión provisional, en razón de que los documentos aportados en fotocopias por la demandante, fueron autenticados por el secretario del juzgado de Alcalá, funcionario, que en decir del *a-quo*, carecía de facultad para realizar dicha diligencia; esta circunstancia —dijo— le impedía confrontar los documentos aludidos con la norma citada, razón por la cual, tampoco pudo determinar si el elegido estaba, o no, inhabilitado al momento de su elección (fls. 30-34).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al decretar las pruebas, el Tribunal dispuso de oficio que al proceso se allegaran copias autenticadas de los documentos que acompañaron la demanda y que sirvieron de fundamento para negar la suspensión provisional del acto acusado.

En respuesta a esa solicitud, el Alcalde de Alcalá, envió copias fotostáticas de los documentos solicitados, en cada uno de los cuales, el Notario Unico de ese municipio, hizo constar que la reproducción mecánica coincidía con la copia que tuvo a su vista. Aún cuando en esas condiciones dice el Tribunal los documentos no tendrían valor probatorio, éste le fue concedido al considerar que habían sido remitidos por el funcionario en cuya dependencia reposaban los originales.

Así entonces, al analizar la prueba documental en cuestión, encontró demostrados los siguientes hechos:

1.- Que el 13 de diciembre de 1991, el señor José Alonso Castro Osorio, propietario de la Ferretería "El Porvenir", celebró contrato de compraventa con el municipio de Alcalá- Valle, habiéndole vendido materiales de construcción por la suma de doscientos mil pesos ($200.000.oo), los cuales serían destinados como auxilio al cuerpo de bomberos.

Como las elecciones para alcaldes populares se celebraron el 8 de marzo de 1992, el contrato de compraventa celebrado por el señor José Alonso Castro con el municipio de Alcalá, el 13 de diciembre de 1991, lo hacía incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el literal e), del parágrafo 2o. del artículo 1o., de la ley 49 de 1987.

Por las razones brevemente resumidas, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, declaró nulo el acto de elección del señor Alonso Castro Osorio, como alcalde del municipio de Alcalá, Valle, para el período 192 a 1994, ordenando que la decisión se comunicara al gobernador del departamento, para efectos de los artículos 19 de la ley 78/86 y 8o. de la ley 49/87.

EL RECURSO DE APELACION

Por conducto de apoderado al efecto constituído, el Alcalde de Alcalá interpuso recurso de apelación contra la sentencia que declaró nula su elección, fundamentando la alzada en las siguientes razones:

1.- Si la prueba fue insuficiente para tomar la decisión de suspender provisionalmente el acto demandado, igualmente seguía siéndolo para tomar decisión de fondo, pues, la documental recaudada no reunía las exigencias procedimentales señaladas en el artículo 254-2 del C. de P.C.

2.- En cuanto sea el alcalde quien remitió al proceso los documentos solicitados por el Tribunal y por ello deba presumirse que los originales reposan en su despacho, es una afirmación que no viene al caso, pues como dicha prueba fue decretada de oficio, debió requerirse al alcalde para que ella fuera enviada en los términos solicitados en el oficio, porque, también puede ocurrir que los originales no estuvieran en las instalaciones de la tesorería.

3.- El contrato de compraventa, entre el municipio de Alcalá y José Alonso Castro Osorio, jamás se finiquitó, porque los materiales objeto de aquella, nunca llegaron al municipio ni al Cuerpo de Bomberos, donde debían llegar, como producto de un auxilio que el municipio de Alcalá le concediera a esa institución. Tampoco se hizo efectivo el pago de esa transacción, pues el cheque C-5142817, por valor de ciento noventa y tres mil setecientos cincuenta pesos ($193.750.oo), solo llegó a manos del señor Castro Osorio, el 30 de julio de 1992, por solicitud que éste hiciera al comandante del Cuerpo de Bomberos, quien lo tenía en su poder, desde finales de 1991 o comienzos de 1992.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En escrito que obra a folios 112 a 117, la señora Procuradora Octava Delegada, manifiesta, que de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, los documentos que se allegaron en fotocopia tienen valor probatorio y con ellos se demuestra que el señor Alonso Castro Osorio, como propietario de la ferretería "El Porvenir", celebró contrato de compraventa, con el municipio de Alcalá- Valle, sobre materiales de construcción, con destino al Cuerpo de Bomberos, por valor de doscientos mil pesos ($200.000.oo), suma que ordenó pagar el tesoro municipal de dicha localidad.

Dado que el contrato se realizó el 13 de diciembre de 1991 y las elecciones se llevaron a cabo el 8 de marzo de 1992, para ésta data, el contratista José Alonso

f.- Solicitud de cotización No. 0946 del 12 de diciembre de 1991, a la Ferretería "El Porvenir", por materiales de construcción, en valor de doscientos mil pesos ($200.000.oo) (fl. 12).

g.- Factura No. 226 expedida por la Ferretería "El Porvenir", a favor de la alcaldía, por valor de doscientos mil pesos ($200.000.oo) y por concepto de materiales de construcción, para el cuerpo de bomberos voluntarios de ese municipio (fl. 13).

h.- Comprobante de recibo de la resolución No. 2713 (fl. 10).

En el mismo libelo incoatorio, la demandante solicitó la suspensión provisional del acto acusado, argumentando que, comparados los documentos públicos relacionados antes, con el texto de la norma que cita como transgredida, surgía ostensible y de bulto, la violación de la Ley.

2.- Por reunir los requisitos formales, la demanda fue admitida y en el mismo proveído se negó la suspensión provisional, en razón de que los documentos aportados en fotocopias por la demandante, fueron autenticados por el secretario del juzgado de Alcalá, funcionario, que en decir del *a-quo*, carecía de facultad para realizar dicha diligencia; esta circunstancia —dijo— le impedía confrontar los documentos aludidos con la norma citada, razón por la cual, tampoco pudo determinar si el elegido estaba, o no, inhabilitado al momento de su elección (fls. 30-34).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al decretar las pruebas, el Tribunal dispuso de oficio que al proceso se allegaran copias autenticadas de los documentos que acompañaron la demanda y que sirvieron de fundamento para negar la suspensión provisional del acto acusado.

En respuesta a esa solicitud, el Alcalde de Alcalá, envió copias fotostáticas de los documentos solicitados, en cada uno de los cuales, el Notario Unico de ese municipio, hizo constar que la reproducción mecánica coincidía con la copia que tuvo a su vista. Aún cuando en esas condiciones dice el Tribunal los documentos no tendrían valor probatorio, éste le fue concedido al considerar que habían sido remitidos por el funcionario en cuya dependencia reposaban los originales.

Así entonces, al analizar la prueba documental en cuestión, encontró demostrados los siguientes hechos:

1.- Que el 13 de diciembre de 1991, el señor José Alonso Castro Osorio, propietario de la Ferretería "El Porvenir", celebró contrato de compraventa con el municipio de Alcalá- Valle, habiéndole vendido materiales de construcción por la suma de doscientos mil pesos ($200.000.oo), los cuales serían destinados como auxilio al cuerpo de bomberos.

Como las elecciones para alcaldes populares se celebraron el 8 de marzo de 1992, el contrato de compraventa celebrado por el señor José Alonso Castro con el municipio de Alcalá, el 13 de diciembre de 1991, lo hacía incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el literal e), del parágrafo 2o. del artículo 1o., de la ley 49 de 1987.

Por las razones brevemente resumidas, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, declaró nulo el acto de elección del señor Alonso Castro Osorio, como alcalde del municipio de Alcalá, Valle, para el período 192 a 1994, ordenando que la decisión se comunicara al gobernador del departamento, para efectos de los artículos 19 de la ley 78/86 y 8o. de la ley 49/87.

EL RECURSO DE APELACION

Por conducto de apoderado al efecto constituído, el Alcalde de Alcalá interpuso recurso de apelación contra la sentencia que declaró nula su elección, fundamentando la alzada en las siguientes razones:

1.- Si la prueba fue insuficiente para tomar la decisión de suspender provisionalmente el acto demandado, igualmente seguía siéndolo para tomar decisión de fondo, pues, la documental recaudada no reunía las exigencias procedimentales señaladas en el artículo 254-2 del C. de P.C.

2.- En cuanto sea el alcalde quien remitió al proceso los documentos solicitados por el Tribunal y por ello deba presumirse que los originales reposan en su despacho, es una afirmación que no viene al caso, pues como dicha prueba fue decretada de oficio, debió requerirse al alcalde para que ella fuera enviada en los términos solicitados en el oficio, porque, también puede ocurrir que los originales no estuvieran en las instalaciones de la tesorería.

3.- El contrato de compraventa, entre el municipio de Alcalá y José Alonso Castro Osorio, jamás se finiquitó, porque los materiales objeto de aquella, nunca llegaron al municipio ni al Cuerpo de Bomberos, donde debían llegar, como producto de un auxilio que el municipio de Alcalá le concediera a esa institución. Tampoco se hizo efectivo el pago de esa transacción, pues el cheque C-5142817, por valor de ciento noventa y tres mil setecientos cincuenta pesos ($193.750.oo), solo llegó a manos del señor Castro Osorio, el 30 de julio de 1992, por solicitud que éste hiciera al comandante del Cuerpo de Bomberos, quien lo tenía en su poder, desde finales de 1991 o comienzos de 1992.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En escrito que obra a folios 112 a 117, la señora Procuradora Octava Delegada, manifiesta, que de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, los documentos que se allegaron en fotocopia tienen valor probatorio y con ellos se demuestra que el señor Alonso Castro Osorio, como propietario de la ferretería "El Porvenir", celebró contrato de compraventa, con el municipio de Alcalá- Valle, sobre materiales de construcción, con destino al Cuerpo de Bomberos, por valor de doscientos mil pesos ($200.000.oo), suma que ordenó pagar el tesoro municipal de dicha localidad.

Dado que el contrato se realizó el 13 de diciembre de 1991 y las elecciones se llevaron a cabo el 8 de marzo de 1992, para ésta data, el contratista José Alonso

Castro Osorio se encontraba inhabilitado, conforme lo establece el numeral e) del parágrafo 1o., de la ley 49 de 1987, como quiera que el contrato lo celebró dentro de los tres meses anteriores a la fecha de su elección.

CONSIDERACIONES

1.- El recurso fue propuesto dentro del término que para ese efecto señala el inciso primero del artículo 250 del C.C.A., en consecuencia, la Sala entrará a examinar las razones de la discrepancia expuestas por el impugnador, contra la sentencia dictada por el fallador de instancia.

2.- Existen tres sistemas de contratación administrativa, a saber: licitación pública, licitación privada y contratación directa, ésta última, se utiliza cuando la clase o el valor del contrato no requiere de las dos primeras.

Los contratos de compraventa de bienes muebles, cuyo valor sea inferior a quinientos mil pesos ($500.000.oo), solo exigen para su perfeccionamiento el pedido del funcionario competente (art. 136-1 D. 222/83), que bien puede ser el ordenador de gastos o aquel en quien el jefe del organismo respectivo hubiere delegado esa función. Dicho funcionario, es además el encargado de dictar la resolución motivada, que reconozca la obligación a cargo de la respectiva entidad (parágrafo 136 D. 222/83).

Conforme lo prevé el artículo 12-9 del C.R.N., el alcalde como jefe de la administración pública, tiene, entre otras atribuciones, las de "ordenar los gastos municipales de acuerdo con el presupuesto y los reglamentos fiscales".

En este caso, la orden de gastos No. 1672 del 13 de diciembre de 1991, suscrita por el alcalde de Alcalá-Valle, indica que el despacho a su cargo, solicitó a la Ferretería "El Porvenir", materiales de construcción con destino al Cuerpo de Bomberos de la localidad referida, por valor de doscientos mil pesos ($200.000.oo), conforme se observa en la solicitud de cotización No. 0946 de diciembre 12 de 1991 que la alcaldía de dicha localidad le dirigió (fls. 5 y 6 cuad. 2) y de la factura No. 226 de la misma fecha con destino al Cuerpo de Bomberos de Alcalá que la ferretería "El Porvenir" le expidió (fl. 13 cuad. 1).

Mediante Resolución No. 1136 del 16 de diciembre de 1991, el ordenador reconoció la obligación en favor de la Ferretería "El Porvenir" - José Alonso Castro y ordenó el pago de la suma antes mencionada, a cargo del municipio de Alcalá, el 13 de diciembre de 1991, como se ve en el formato No. 1957 (fls. 2 y 3 cuad. 2).

Al folio 4 del cuaderno No. 2 se observa el comprobante No. 2713 de diciembre 13 de 1991 de "recibo de bienes, servicios y trabajo" expedido por el almacenista del municipio de Alcalá-Valle, correspondiente a la orden de gasto No. 1672 de diciembre 12 de 1991 y al folio 7 del cuaderno No. 1 se puede ver el "comprobante de egreso" No. 2678 de diciembre 31 de 1991 expedido por la Tesorería Municipal de Alcalá, Valle y suscrito por la persona que representa a la ferretería "El Porvenir" en ese acto, correspondiente a la orden de pago No. 1957 de diciembre 13 de 1991.

El lleno de los anteriores requisitos indica que el contrato de compraventa aludido, se realizó en el municipio de Alcalá, durante el mes de diciembre de 1991. En cuanto hace a las partes, no cabe duda que la contratante es el municipio mencionado y el contratista es la ferretería "El Porvenir" y/o Alonso Castro Osorio, propietario de ésta, según lo certificó el secretario de la Cámara de Comercio de Cartago (fl. 15 cuaderno 1).

El precepto que la demandante cita como transgredido con el acto acusado, reza:

> LEY 49 DE 1987
>
> Por la cual se modifica y adiciona la ley 78 de 1986
>
> (...)
>
> ART. 1o.- Adiciónase el artículo 5o. de la ley 78 de 1986 con los siguientes parágrafos:
>
> (...)
>
> PARAGRAFO SEGUNDO.- El numeral e) del artículo 5o. de la ley 78 de 1986, quedará así:
>
> e) Quien como funcionario dentro de los 6 meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, o quien dentro de los *3 meses anteriores a la elección se haya desempeñado* como empleado oficial o *haya celebrado por sí o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecu- tarse o cumplirse en el respectivo municipio* (se subraya).
>
> (...)

Aplicada la disposición transcrita al caso sub-análisis, surge con evidencia clara, la configuración de uno de los supuestos señalados en ella que determinan la inhabilidad allí consagrada. En efecto, la elección del señor Alonso Castro Osorio, como alcalde de Alcalá - Valle, se llevó a cabo el 10 de marzo de 1992 (fls. 1-2 Cuaderno 1) y el contrato de compraventa realizado entre el alcalde elegido y el municipio para el cual lo fue, se perfeccionó y cumplió, en el mes de diciembre de 1991, esto es, dentro de los tres meses que precedieron a la elección; en esas condiciones, el señor Castro Osorio estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en la disposición enunciada y por lo tanto, la elección así cumplida debía ser declarada nula, como en efecto la declaró el Tribunal de instancia.

La prueba de oficio decretada por el *a-quo*, la constituyen los documentos que obran a folio 2 a 7 del cuaderno No. 2. Dichos documentos fueron solicitados por el alcalde al tesorero de Alcalá (fl. 1 cuaderno 2), y si el último de los funcionarios mencionados, los expidió y remitió en reproducciones mecánicas, autenticadas ante notaría, pero no de sus respectivos originales sino de sendas copias, esta no es razón para presumir su inautenticidad, tomando en cuenta que aquellas se solicitaron a los funcionarios de la administración local y se expidieron de la forma como quedó dicho.

Y en relación con este aspecto, vale la observación de la Procuradora Delegada en el sentido de que la prueba documental en referencia tiene valor, así no estuviera autenticada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, que a la letra dice:

> ART. 25. Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieren o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros.

Las pruebas aportadas por el apoderado del demandado con el escrito por medio del cual interpuso el recurso de apelación (fls. 68 a 96 cuad. 1), no pueden tenerse en cuenta, pues no fueron aportadas ni pedidas en las oportunidades procesales señaladas en la ley.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, —Sección Quinta—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA

PRIMERO: Confírmase en todas sus partes, la sentencia proferida el 16 de julio, por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

SEGUNDO: En firme esta providencia devuélvase al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Delteure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO-Elementos

De la Asamblea del Departamento, cuya condición de Corporación Administrativa precisa el artículo 299 de la Carta, emana como primer elemento, la voluntad de este ente de derecho, expresada inicialmente, en la proposición de no elegir contralor para el departamento, proposición que se transformó en decisión al ser puesta a consideración y ulterior votación por parte de la Duma. La competencia, como segundo elemento, la considera el artículo 272 (inciso cuarto) y en ejercicio de ella, bien podía la asamblea elegir, o no, contralor para este departamento.

ACTO COMPLEJO

El acto complejo, por contraposición del acto unitario, exige que en su forma intervengan más de dos pronunciamientos de diferentes autoridades administrativas; éstos pronunciamientos constituyen verdaderas decisiones con unidad de propósito, están relacionadas y, su cumplimiento es obligatorio, por mandato de la ley, tal es el caso de los actos administrativos mediante los cuales las autoridades dan cumplimiento o ejecutan las sanciones impuestas por la Procuraduría General de la Nación, sanciones que a su vez están contenidas en otros actos administrativos, proferidos por la entidad fiscalizadora.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Santafé de Bogotá, DC., noviembre cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 0856. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. Actor: *Carlos Alberto Hernández.*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 15 de julio de 1991, en la parte que ordenó decretar la suspensión provisional del acto mediante

el cual la Asamblea del Departamento de Boyacá ratificó, en el cargo de Contralor General de ese departamento, al doctor ANSELMO ORTIZ PATIÑO.

ANTECEDENTES

1.- En ejercicio de la acción pública de nulidad, el abogado Carlos Alberto Hernández, demandó la nulidad del que denomina acto complejo, por el cual, la Asamblea de Boyacá, se abstuvo de elegir "... Contralor General, en las secciones ordinarias del último período de 1991 y que por el contrario aprobaron la proporción 01 del 29 de noviembre para no elegir contralor..." (fl. 44).

2.- En escrito separado, solicitó la suspensión provisional de la proposición acusada, pues, a su juicio viola de manera directa "detectable y elemental" los pronunciamientos del Consejo de Estado, del 10 de septiembre de 1991 y de la Corte Constitucional del 3 de abril de 1992, y que según sostiene, se desprende de la interpretación sencilla y de la confrontación de los artículos 272, 300 de la C.N., y 150 del C.P. (fls. 55-59).

La violación directa del primero de los preceptos constitucionales citados, proviene, según el peticionario de que la Asamblea de Boyacá, conocedora de su obligación de elegir Contralor, solicitó, por conducto de su presidente, a los tribunales superiores de Tunja y Santa Rosa de Viterbo, al igual que al Contencioso de Boyacá, la postulación de las personas que integrarían la terna para elegir el Contralor del departamento.

Las corporaciones mencionadas, acataron la solicitud, pero la Asamblea no procedió conforme lo ordenan los parágrafos tercero, cuarto y siguientes del artículo 272 de la Carta, en cuanto disponen que los contralores tendrán o serán elegidos por un período igual al del gobernador o alcalde según el caso; esta omisión, en sentir del actor, tipifica el delito de prevaricato por omisión, señalado en el artículo 150 del C.P.

Al abstenerse de elegir contralor, los diputados de la Asamblea de Boyacá, transgredieron en forma directa el artículo 300 de la Constitución Nacional, en cuanto esta norma previene, que las Asambleas deben cumplir a cabalidad las normas legales vigentes, sean ordenanzas, legales o constitucionales.

Para apoyar la solicitud de la medida cautelar, se remite a los documentos que adjunta a la demanda.

LA DECISION RECURRIDA

Sostiene el *a-quo*, que del examen del acto acusado y de su confrontación con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 272 de la Constitución Nacional, se observa que aquel es claramente violatorio del precepto constitucional citado.

Además agrega, que el contenido, intérpretación y alcance de la norma constitucional aludida fue definido con precisión por la Corte Constitucional, el 3 de abril de 1992.

Los argumentos mencionados, sirvieron de fundamento para decretar la suspensión provisional del acto mediante el cual la Asamblea de Boyacá ratificó en el cargo de contralor de ese departamento al Doctor Anselmo Ortiz Patiño.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la demanda, fundamenta la alzada en las siguientes razones:

1.- No existe acto complejo constituído por la elección de Contralor General de Boyacá y la proposición 01 presentada el 28 de noviembre de 1991, por la cual, se aprobó la no elección de dicho funcionario.

2.- El actor acumula indebidamente sus pretensiones, pues de una parte impetra la nulidad de la elección del Contralor General de Boyacá, caso en el cual la acción tendría que haber sido la electoral, de otra parte, demanda la nulidad del acto administrativo, constituído por la proposición 01 del 28 de noviembre de 1991, emanada de la Asamblea Departamental de Boyacá, y en este caso, la acción correspondiente era la de nulidad.

Esa indebida acumulación de pretensiones no puede configurar un acto complejo, pues la nulidad de la elección de Contralor General de Boyacá, se produjo por la Asamblea del Departamento, en sesión de noviembre de 1990, habiendo caducado la acción, mientras que la proposición 01 del 28 de noviembre de 1991, no es susceptible de impugnarse por la vía que plantea el libelo, pues, para que un acto administrativo sea materia de revisión contenciosa, debe tener existencia ontológica y jurídica que cause efectos en el mundo exterior, lo que a juicio del apelante, no sucede en este caso.

3.- Observa que en la proposición 01 del 28 de noviembre de 1991, la Asamblea no ratificó, como dice la demanda y acepta el *A-quo*, al doctor Anselmo Ortiz Patiño en el cargo como Contralor General del Departamento, pues lo que ella hizo fue abstenerse de considerar en el orden del día el punto atinente a la elección del citado funcionario.

4.- Asegura que en este caso, no existe manifiesta infracción de la norma constitucional, pues para entender el artículo 272 de la Carta, fue necesario, elevar consultas, a esta corporación, lo cual indica que aquella no es suficientemente clara y que de su simple confrontación con el acto demandado no se deduce su violación flagrante.

CONSIDERACIONES

1.- El recurso fue intentado oportunamente, esto es dentro del término señalado en el artículo 352 del C. de P.C.

Lo que se demanda

El actor invoca el artículo 84 del C.C.A., para solicitar al Tribunal Administrativo de Boyacá que decrete "... *la nulidad del acto complejo de ELECCION DEL CON-*

TRALOR GENERAL DE BOYACA y en especial, se declare nula la proposición presentada el día 29 de noviembre, con la cual, se aprobó no elegir Contralor" (se subraya) (fl. 44).

Posteriormente, en el mismo escrito incoatorio, manifiesta que demanda "*La nulidad del acto complejo por el cual la Asamblea de Boyacá no eligió Contralor General* en las sesiones ordinarias del último período de 1991 y que por el contrario aprobó al proposición 01 del 29 de noviembre para no elegir contralor lo que es un acto complejo debido a su formación y a las diferentes instituciones que participaron en el mismo" (se subraya) (fl. 44).

Por tercera vez y ya concretando sus peticiones solicita que "... *se declare la nulidad del acto complejo de elección de Contralor General de Boyacá* y concretamente la proporción 01 del 29 de noviembre de 1991 y que como consecuencia de esta omisión fue ratificado por el Doctor Anselmo Ortiz Patiño, hechos ocurridos en las sesiones ordinarias del período pasado, acto administrativo que se desprende concretamente en la sesión del día 28 de noviembre según Acta No. 015" (se subraya) (fl. 45).

En la decisión impugnada el *A-quo*, decretó "... la suspensión provisional del acto mediante el cual la Asamblea del Departamento de Boyacá ratificó en el cargo de Contralor General de Boyacá al Doctor Anselmo Ortiz Patiño, contenido en el Acta No. 015 del 28 de noviembre de 1991 de esa corporación".

En relación con las pretensiones de la demanda y la medida provisional impugnada, la Sala observa:

2a.- El actor demanda indistintamente, la *elección* y la *no elección* del Contralor General de Boyacá, invocando para ello, el artículo 84 del C.C.A., disposición, que si bien es cierto gobierna el contencioso popular de anulación, no es aplicable a procesos de carácter especial en los que se impugnen actos de elección, toda vez que ellos están sometidos en su aplicación a reglas especiales de procedimiento (L. 14/88, libro cuarto, título XXVI, capítulo IV), una de las cuales, señala un término de 20 días para intentar la acción, contados a partir de aquel en el cual se declaró la elección.

La supuesta elección —o no elección— se llevó a cabo el 28 de noviembre de 1991 y la demanda fue presentada 4 meses después, el 7 de mayo de 1992 (fl. 54), pese a lo cual ella fue admitida, con fundamento en el artículo 132-1 del C.C.A., según el cual, los Tribunales conocerán en primera instancia de los procesos de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos administrativos del orden departamental.

3.- Al solicitar la medida cautelar, el actor pide que se suspenda provisionalmente el acto complejo de no elección de Contralor General de Boyacá y con evidente incongruencia, el *A-quo* suspendió el acto por medio del cual, la Duma Departamental ratificó en el cargo de Contralor General de Boyacá al Doctor Anselmo Ortiz Patiño, asegurando que dicho acto estaba contenido en el acta No. 015 del 28 de noviembre de 1991.

En relación con esta afirmación, y como bien lo observa el apelante, en sesión realizada en la fecha prementada, la Asamblea de Boyacá no ratificó al doctor Ortiz Patiño, pues lo que en el acta respectiva consta, es que esa Corporación no elegiría contralor "... permitiendo entonces que el actual contralor termine su período para el cual fue (sic) elegido", sin que siquiera se le identificara personalmente.

4.- El Tribunal sostiene que al examinar el acto acusado "cuya suspensión se pide" y al confrontarlo con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 272 de la C.N., se desprende que es "claramente violatorio" de ese precepto constitucional.

Como quedó visto, el actor solicitó la suspensión provisional del acto complejo de no elección del contralor general de Boyacá y el Tribunal decretó esa medida cautelar, pero en relación con una supuesta ratificación en el cargo de Contralor General de Boyacá, del doctor Anselmo Ortiz Patiño.

Si entre la petición y la decisión no existe consonancia alguna, menos aún puede haberla entre ésta última y la disposición constitucional, claramente transgredida, en decir del Tribunal, toda vez que dicho precepto no se refiere para nada a la elección de contralores; según se desprende de su tenor literal, que expresa:

> Art. 272.- (...)
>
> Corresponde a las asambleas y a los Concejos Distritales y Municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.
>
> (...)

Lo anteriormente expuesto, es suficiente para revocar la providencia impugnada, no sin antes hacer las siguientes precisiones:

La parte pertinente de la proposición demandada en este proceso, y puesta a consideración de la Duma Departamental de Boyacá, en su sesión ordinaria del 28 de noviembre de 1991 (fls. 13-14), expresa:

> PROPOSICION No. 01 de fecha 28 de noviembre de 1991
>
> LA HONORABLE ASAMBLEA DE BOYACA, en su sesión de la fecha y con relación a la elección de Contralor General del Departamento considera y propone lo siguiente:
>
> La proposición hace referencia a las siguientes consideraciones:
>
> Menciona el Artículo 250 del Decreto 222 de 1986, artículo 272 incisos 3o. y 4o. de la Constitución Nacional.
>
> El concepto emitido por la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado y algunas consideraciones acerca del concepto, la no obligatoriedad del concepto, las consultas obligatorias y las consultas facultativas.
>
> También sobre inexistencia de disposición o norma que hubiese revocado el mandato de los actuales contralores. Explicación y/o modificación del término "período igual" señalado en el inciso 4o. del artículo 272 de la Constitución Nacional.

Sobre la voluntad del constituyente fue (sic) la de revocar período a los actuales contralores.

Al igual que sobre falta de reglamentación para la selección de los integrantes de los temas, especialmente en departamentos donde no existe (sic) dos tribunales de Distrito Judicial.

Sobre decisión tomada por otras asambleas es la de no elegir contralor.

Y finalmente sobre el pronunciamiento del Ministro del Gobierno acerca de la revocatoria del mandato a los contralores y sobre la inconveniencia de la elección.

Por todo lo anterior propone que no se considere en el orden del día correspondiente a la sesión del viernes 29 del año en curso la elección de Contralor General del departamento y en consecuencia ésta corporación no elegirá Contralor General del departamento, acatando las consideraciones expuestas y en especial el Artículo 250 del Decreto 1222 de 1986, permitiendo entonces que el actual contralor termine su período para el cual fue (sic) elegido (sic).

Transcríbase la presente ...

Presentada por los suscritos diputados. Aparecen 17 firmas.

El señor presidente puso a consideración la anterior proposición. El diputado JORGE OLARTE, en uso de la palabra, solicitó someter a votación secreta esta proposición. De esta forma, el presidente nombró como escrutadores a los diputados ORLANDO CORREDOR BERNAL y JORGE HERNANDO PEDRAZA. Luego se hizo la votación en el sentido de aprobar o negar la proposición. Contada la votación se obtuvieron 15 votos, discriminados así: dos (2) votos en blanco y trece (13) votos aprobando la proposición.

El señor presidente preguntó si declaraban legalmente votada la proposición, ante la cual recibió respuesta afirmativa.

(...)

La proposición de la Duma Departamental de Boyacá constituye un verdadero acto administrativo, pues en su formación intervinieron los elementos esenciales que estructuran y dan a esa clase de decisiones validez y eficacia.

En efecto, de la Asamblea de Boyacá, cuya condición de corporación administrativa precisa el artículo 299 de la Carta, emana como primer elemento, la voluntad de este ente de derecho, expresada inicialmente, en la proposición de no elegir contralor para el departamento de Boyacá, proposición que se transformó en decisión al ser puesta a consideración y ulterior votación por parte de la Duma.

La competencia, como segundo elemento, la considera el artículo 272 (inciso cuarto) y en ejercicio de ella, bien podía la Asamblea elegir, o no, contralor para este departamento.

El tercer elemento lo constituye el efecto jurídico o consecuencia de la declaración de voluntad, que en este caso se refleja en la permanencia en el cargo de quien se desempeñaba como contralor.

Habiendo sido precisada la condición de acto administrativo que tiene la proposición demandada, es evidente que ella, de manera autónoma, podía ser objeto de impugnación por vía de la acción pública señalada en el artículo 84 del C.C.A.

El demandante califica de complejo el acto impugnado "... debido -dice- a su formación y a las diferentes instituciones que participaron en el mismo".

El acto complejo, por contraposición al acto unitario, exige que en su forma intervengan más de dos pronunciamientos de diferentes autoridades administrativas; éstos pronunciamientos constituyen verdaderas decisiones con unidad de propósito, están íntimamente relacionadas y, su cumplimiento es obligatorio, por mandato de la ley, tal es el caso de los actos administrativos mediante los cuales las autoridades dan cumplimiento o ejecutan las sanciones impuestas por la Procuraduría General de la Nación, sanciones, que a su vez están contenidas en otros actos administrativos, proferidos por la entidad fiscalizadora.

En el caso *sub-análisis*, solo existe un acto administrativo, este es la proposición No. 01 presentada en sesión del 28 de noviembre de 1991, por medio de la cual se determinó que esa corporación no elegiría Contralor General del departamento.

La consecuencia era que quien estuviera desempeñando el cargo referido continuaría haciéndolo; este efecto, constituye a la vez uno de los elementos conformadores del acto administrativo y en manera alguna, puede tomarse como una decisión diferente para estructurar un supuesto acto complejo.

Tomando en cuenta que el Superior solo tiene la competencia que le señalen los términos de la apelación, esta sala tan solo revocará la decisión objeto del recurso, es decir, la contenida en el numeral 8o., de la parte dispositiva, del auto proferido el 15 de julio de 1992 por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

Revócase el numeral 8o. de la parte dispositiva del auto dictado por el Tribunal Administrativo de Boyacá y en su lugar, se dispone:

Deniégase la medida cautelar solicitada por el actor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Delteure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA/TITULO EJECUTIVO

Dispone el numeral 1o. del artículo 509 del C.de P.C. que cuando el título ejecutivo consista en sentencia de condena o en otra providencia que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de mérito de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción siempre que se basen en hechos posteriores á la respectiva providencia, la de nulidad en los casos contemplados en los numerales 7o. y 9o. del artículo 140 y la de pérdida de la cosa debida. En el *sub-lite* la apoderada de la Entidad deudora propone la excepción que denomina de "inexistencia jurídico material y/o ineficacia del título ejecutivo" aduciendo, entre otras razones, que ya fueron materia de los recursos por la vía gubernativa y que no es dable debatirlas en este proceso por expresa prohibición del inciso segundo del artículo 561 del C. de P.C., o que por atacar la validez de los actos que integran el título ejecutivo son propias las de acciones contenciosas consagradas en los artículos 94 y 95 del C.C.A., más no pertinentes en esta vía del cobro por jurisdicción coactiva.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penén Deltieure*

Ref: Expediente No 0248. ACTOR: *Municipio de Neiva C/Electrificadora del Huila S.A.*

Procede la Sala a resolver la excepción propuesta por la apoderada de Electrificadora del Huila S.A. contra el auto de mandamiento de pago de fecha 24 de abril de 1992, dictado por la Tesorería Municipal de Neiva, Juzgado de Ejecuciones Fiscales.

ANTECEDENTES

Las resoluciones Nos. 150 de 9 de octubre de 1991 de la Secretaría de Hacienda Municipal de Neiva, por medio de la cual se dispuso tener como base para el cobro de impuesto de industria y comercio y avisos la liquidación de aforo practicada el 26 de septiembre de 1991 contra la Electrificadora del Huila S.A. con NIT 91.180.001, por mora en el pago de dichos impuestos por los años 1984, 1985, 1986, 1987, 1988 y 1990, y se ordena aplicar la sanción establecida en dicha liquidación; y la Resolución No. 557 de 13 de noviembre de 1991 según la cual el Alcalde Mayor de Neiva al resolver el recurso de apelación contra la anterior la confirmó en todas sus partes, constituyen el título ejecutivo con fundamento en el cual el 24 de abril de 1992 la Tesorería Municipal de Neiva, Juzgado de Ejecuciones Fiscales, libró mandamiento por vía de jurisdicción coactiva a favor del Municipio y en contra del Electrificadora del Huila S.A. por la suma de $164.943.711 más intereses y costos si a ello hubiere lugar. (fls. 27 y 28).

El mandamiento de pago fue notificado el 20 de mayo de 1992 al Gerente de la Sociedad (fls.30 y 31), la que por conducto de apoderada propuso la excepción de "Inexistencia jurídico-material y/o ineficacia del título ejecutivo" en escrito visible de folios 39 a 48 del expediente, para lo cual adujo las razones que se resumen a continuación:

Que el presente título ejecutivo viola los principios generales que rigen las empresas industriales y comerciales del Estado, especialmente en lo concerniente a la prestación de un servicio público.

Que la Electrificadora del Huila S.A. es una sociedad anónima clasificada como sociedad descentralizada indirecta que pertenece al orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, en la cual el Estado posee más del 90% de su capital, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, y cuyo objeto es la prestación de un servicio público.

Que la Secretaría de Hacienda Municipal en la Resolución no. 040 del 14 de mayo de 1990, por medio de la cual ordena la realización de las liquidaciones de aforo, se refiere a la sentencia del Consejo de Estado que aclaró que las empresas que prestan un servicio público no son sujetos pasivos de impuesto de industria y comercio, pero "absurdamente" expresa dicha Secretaría que ello no es extensivo a las empresas industriales y comerciales del Estado, por ser organismos que no forman parte de la Administración pública, sino vinculadas a ella para el desarrollo de una actividad, organismos que se rigen por normas de derecho privado, compitiendo en igualdad de condiciones con las empresas privadas, pudiendo obtener utilidades; y esta diferencia con los establecimientos públicos hace que sean sujetos pasivos del impuesto en mención, concepto que a juicio de la excepcionante viola, por falsa interpretación, principios elementales de derecho y preceptos sobre la noción de servicio público como son

Procede la Sala a resolver la excepción propuesta por la apoderada de Electrificadora del Huila S.A. contra el auto de mandamiento de pago de fecha 24 de abril de 1992, dictado por la Tesorería Municipal de Neiva, Juzgado de Ejecuciones Fiscales.

ANTECEDENTES

Las resoluciones Nos. 150 de 9 de octubre de 1991 de la Secretaría de Hacienda Municipal de Neiva, por medio de la cual se dispuso tener como base para el cobro de impuesto de industria y comercio y avisos la liquidación de aforo practicada el 26 de septiembre de 1991 contra la Electrificadora del Huila S.A. con NIT 91.180.001, por mora en el pago de dichos impuestos por los años 1984, 1985, 1986, 1987, 1988 y 1990, y se ordena aplicar la sanción establecida en dicha liquidación; y la Resolución No. 557 de 13 de noviembre de 1991 según la cual el Alcalde Mayor de Neiva al resolver el recurso de apelación contra la anterior la confirmó en todas sus partes, constituyen el título ejecutivo con fundamento en el cual el 24 de abril de 1992 la Tesorería Municipal de Neiva, Juzgado de Ejecuciones Fiscales, libró mandamiento por vía de jurisdicción coactiva a favor del Municipio y en contra del Electrificadora del Huila S.A. por la suma de $164.943.711 más intereses y costos si a ello hubiere lugar. (fls. 27 y 28).

El mandamiento de pago fue notificado el 20 de mayo de 1992 al Gerente de la Sociedad (fls.30 y 31), la que por conducto de apoderada propuso la excepción de "Inexistencia jurídico-material y/o ineficacia del título ejecutivo" en escrito visible de folios 39 a 48 del expediente, para lo cual adujo las razones que se resumen a continuación:

Que el presente título ejecutivo viola los principios generales que rigen las empresas industriales y comerciales del Estado, especialmente en lo concerniente a la prestación de un servicio público.

Que la Electrificadora del Huila S.A. es una sociedad anónima clasificada como sociedad descentralizada indirecta que pertenece al orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, en la cual el Estado posee más del 90% de su capital, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, y cuyo objeto es la prestación de un servicio público.

Que la Secretaría de Hacienda Municipal en la Resolución no. 040 del 14 de mayo de 1990, por medio de la cual ordena la realización de las liquidaciones de aforo, se refiere a la sentencia del Consejo de Estado que aclaró que las empresas que prestan un servicio público no son sujetos pasivos de impuesto de industria y comercio, pero "absurdamente" expresa dicha Secretaría que ello no es extensivo a las empresas industriales y comerciales del Estado, por ser organismos que no forman parte de la Administración pública, sino vinculadas a ella para el desarrollo de una actividad, organismos que se rigen por normas de derecho privado, compitiendo en igualdad de condiciones con las empresas privadas, pudiendo obtener utilidades; y esta diferencia con los establecimientos públicos hace que sean sujetos pasivos del impuesto en mención, concepto que a juicio de la excepcionante viola, por falsa interpretación, principios elementales de derecho y preceptos sobre la noción de servicio público como son

los artículos 56, 26, 116, 150 numeral 7, 189 numeral 23, 302, 33, 365, 367 y 376 de la nueva Constitución Política.

Que nuestra jurisprudencia ha utilizado la teoría de los índices del servicio público, según la cual es necesario apoyarse en hechos exteriores para considerar que determinada actividad es servicio público, pero que de manera alguna son taxativos sino que corresponde al juez en cada caso concluír si está en presencia de un servicio público, como es obvio que así ocurre en el presente caso.

Que la ley ha definido la noción de servicio publico siendo una de estas actividades la de producción y suministro de energía eléctrica, por la que no se requieren elucubraciones como las que intenta el Municipio para determinar que dicha actividad no es servicio público.

Que el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, expuesto en la sentencia del 1o. de julio de 1988 en el caso de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, adopta un hecho gravable del impuesto de industria y comercio el ejercicio de actividades industriales y comerciales, de donde derivó que los servicios gravables son aquellos que el Código de Comercio señala como actividades comerciales que no consisten en producir o vender mercancías sino en prestar servicios necesarios a la comunidad. Pero ésta teoría tradicional para fundar el impuesto no puede extenderse a los servicios públicos como el de suministro de agua, "...puesto que cuando de tal actividad se encarga la administración estatal y la asuma con el carácter de servicio público, se coloca en un plano ajeno al ámbito del citado gravamen y por ello no le son aplicables sus normas..." (fl. 44), coligiendo la excepcionante que las empresas industriales y comerciales del Estado, como es el caso de la Electrificadora del Huila S.A., que presta el servicio público de energía, está exenta de pagar el impuesto de industria y comercio. Y que lo que determina esta condición no es la calidad del sujeto sino la actividad, por lo que en el presente caso se ha interpretado erróneamente la Ley 56 de 1981 así como la Ley 14 de 1983, siendo el contenido de la resolución No. 150 de diciembre 9 de 1991 inconstitucional, ilegal e improcedente para prestar mérito ejecutivo. Y dados los presupuestos de hecho existentes, la entidad que representa carece de la calidad y condición de contribuyente del impuesto que se pretende cobrar por parte de la Tesorería Municipal de Neiva.

Que aparece tipificado el principio "NULIA EXECUTIO SINE TITULO" en virtud de la inexistencia material del título por carencia de deudor y, en consecuencia, como el titulo o documento ejecutivo jamás ha nacido material y jurídicamente, es ineficaz por falta de exigibilidad.

Dentro del término del traslado presentó memorial al representante judicial del Municipio de Neiva (fls. 106 a 110), quien advierte sobre la firmeza y presunción de legalidad de los actos administrativos y acerca del mérito ejecutivo que tienen los documentos que en el presente caso integran el titulo, señalando que estos contienen una obligación clara, expresa y exigible. Que la entidad ejecutada por desarrollar actividades gravables con impuesto de industria y comercio es sujeto pasivo de dicho gravamen, y que la administración ha actuado en acatamiento a la ley y siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 561 a 568 del Código de Procedimiento Civil.

Que en la Resolución No. 557 de 13 de noviembre de 1991, que resolvió el recurso de apelación contra la Resolución No. 150 de 9 de octubre de 1991, aparecen desvirtuadas todas las argumentaciones que ahora repite la excepcionante, las cuales nada tienen que ver con el título ejecutivo base de la presente acción.

Que la Electrificadora del Huila S.A. es una sociedad anónima sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, respecto a las cuales el Consejo de Estado ha establecido que son sujetos pasivos del gravamen de industria y comercio.

Que carece de fundamentación táctica y jurídica la excepción propuesta por cuanto el titulo reúne todos los elementos que exigen los artículos 68 del Decreto 01 de 1984 y 488 del C. del P.C.. Que no existe ley ni acuerdo del Concejo de Neiva exonerando la actividad que desarrolla la Electrificadora del Huila S.A., y que la entidad ejecutada pretende desvirtuar la validez del titulo ejecutivo, lo cual en este proceso es improcedente.

CONSIDERACIONES

Por remisión expresa del artículo 252 del C.C.A., en la tramitación de apelaciones e incidentes de excepciones en juicios por jurisdicción coactiva son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil relativas al proceso ejecutivo.

Dispone el numeral 2 del artículo 509 del C. de P.C. que cuando el titulo ejecutivo consista en sentencia de condena o en otra providencia que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de mérito de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad en los casos contemplados en los numerales 7 y 9 del artículo 140 y la de pérdida de la cosa debida.

En el *sub-lite* la apoderada de la Entidad deudora propone la excepción que denomina de "Inexistencia jurídico-material y/o ineficacia del titulo ejecutivo" adu aciendo, entre otras razones, que ya fueron materia de los recursos por la vía gubernativa y que no es dable debatirlas en este proceso por expresa prohibición del inciso segundo del artículo 561 del C. de P.C., o que por atacar la validez de los actos que integran el título ejecutivo son propias las de acciones contenciosas consagradas en los artículos 84 y 85 del C.C.A., más no pertinentes en esta vía del cobro por jurisdicción coactiva.

Consecuencia de lo anterior es que la excepción planteada no está llamada a prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1o- Declárase no probada la excepción de "Inexistencia jurídico-material y/o Ineficacia del título ejecutivo", invocada por la apoderada de la sociedad Electrificadora del Huila S.A. contra el auto de mandamiento de pago dictado en este proceso.

2o- Continúe la ejecución.

3o- Condénase en costas a la sociedad demandada que se liquidarán conforme a lo previsto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

4o- Devuélvanse los autos a la Oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída discutida y aprobada por la Sala en sesión del seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

2o- Continúe la ejecución.

3o- Condénase en costas a la sociedad demandada que se liquidarán conforme a lo previsto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

4o- Devuélvanse los autos a la Oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída discutida y aprobada por la Sala en sesión del seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL/CONCEJAL/VACANCIA/REGISTRADOR MUNICIPAL/COMPETENCIA

La vacancia absoluta equivale a la desvinculación definitiva de cualquiera de los miembros que integran una Corporación pública, sin que para el caso importe si la desvinculación proviene de una renuncia regularmente aceptada, o si fue ocasionada por la muerte del elegido, o como en este evento por la declaratoria de nulidad de la elección; en todo caso, el efecto será el mismo y la vacancia tendrá que ser ocupada como prevé el artículo 261 de la Carta Política, esto es "...por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción sucesivo y descendente."

CONCEJAL-Inhabilidades/**EMPLEADO OFICIAL**

El artículo 83 del C. de R.M. dispone que no podrán ser elegidos concejales quienes "...dentro de los dos años anteriores a la elección hayan sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los 6 meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales..".Para la Sala el sentido claro y simple de esta norma, que no requiere de interpretación especial, indica que en este caso se cumplieron los supuestos señalados en ella, porque el apelante fue elegido concejal de Corozal (Sucre) en los comicios realizados el 8 de marzo de 1992 cuando se encontraba ejerciendo el cargo de docente, cargo que da a quien lo desempeña la calidad de empleado oficial.

SERVIDOR PUBLICO/PARTICIPACION EN POLITICA/NORMA CONSTITUCIONAL-Desarrollo Legal

El artículo 127 de la Constitución Nacional admite que ciertos servidores públicos participen en actividades y controversias políticas, pero es evidente que no consagró una autorización absoluta, pues el mismo texto condiciona el ejercicio de tales actividades y controversias a lo que señale la ley que para su reglamentación debe expedirse. Será el legislador quien indique en cuales condiciones podrán participar "los empleados" no con-

templados en la prohibición entendida en dicho canon constitucional. Hasta tanto no se produzca la reglamentación, se aplicarán las normas vigentes, en este caso el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, el cual hace inelegibles como concejales a quienes hayan sido empleados oficiales dentro de los 6 meses anteriores a la elección.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente; *Doctor Jorge Penén Deltieure*

Ref.: Expediente No. 0779. ACTOR; *Marcial de Jesús Montero Mercado*

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el 14 de julio de 1992.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública electoral el ciudadano Marcial de Jesús Montero Mercado demando del Tribunal Administrativo de Sucre la nulidad de la elección del señor Valmiro Rangel como Concejal Municipal de Corozal, y la cancelación de la credencial que lo acredita Concejal.

También pidió que como consecuencia del pronunciamiento anterior se practique un nuevo escrutinio excluyendo los votos correspondientes a Valmiro Rangel Rangel, y sobre esta base se declare la elección de los ciudadanos que resultarán electos de acuerdo con el resultado del escrutinio.

El actor sostiene que el acto demandado es violatorio del artículo 83 del C.R.H., toda vez que al momento de su elección el señor Valmiro Rangel Rangel estaba incurso en causal de inhabilidad para ser elegido concejal, porque se desempeñaba como empleado oficial en su condición de profesor de tiempo completo de la Escuela Normal Nacional de Corozal.

En el mismo escrito de la demanda el actor solicito la suspensión provisional del acto acusado aduciendo que del desprevenido examen de las pruebas aportadas con la demanda era manifiesta la inhabilidad del Concejal Valmiro Rangel Rangel.

La demanda fue admitida y en el mismo proveído el *a-quo* suspendió provisionalmente los efectos del acto declaratorio de la elección del señor Rangel Rangel, porque transgredía al artículo 83 del C.R.H., citado en el libelo (fls. 32-33).

Aún cuando en la contestación de la demanda el apoderado de Valmiro Rangel admitió que su poderdante se desempeñaba como profesor de tiempo completo en la Normal Nacional de Corozal, al momento de la elección, negó que estuviera inhabilitado. Al efecto adujo en resumen:

En primer lugar considera que frente al inciso segundo del artículo 127 de la Constitución Nacional, el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 no tiene aplicabilidad, pues mientras éste consagró como causal de inhabilidad para ser elegido Concejal el hecho de haberse desempeñado como empleado oficial dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección, el constituyente de 1991 restringió la aplicación de dicha causal al especificar los casos en los que a los empleados oficiales les está prohibido tomar parte en las actividades y controversias de los partidos y movimientos políticos, señalando como únicos destinatarios a aquellos que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o, se desempeñen en los órganos judicial, electoral y de control, de lo cual infiere que los demás empleados pueden participar libremente en las actividades y controversias referidas.

En segundo lugar, afirma que el Decreto 2277 de 1979, sustrajo a los docentes del régimen ordinario del empleado oficial para someterlos a un sistema especial o particular de normas, en el que con relación a la actividad política la prohibición se limita a la utilización de la cátedra para hacer proselitismo político, consagrando dicha circunstancia como simple causal de mala conducta (art. 46 lit.1).

Finalmente, invocando el artículo 164 del C.C.A., propone la excepción de ineptitud de la demanda por falta de señalamiento de la cuantía, requisito que considera necesario para determinar la competencia y el grado de conocimiento, pues a su juicio para el caso no importa la prueba documental aportada con la demanda, en la que consta el valor del presupuesto del municipio de Corozal (Sucre), para la vigencia fiscal de 1992.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Sobre la excepción de ineptitud de la demanda el *a-quo* estimo que la certificación expedida por el Jefe de Presupuesto del municipio de Corozal era suficiente para precisar que a esa Corporación correspondía conocer del asunto en primera instancia.

En cuanto hace al fondo del asunto, el *a-quo* encontró que los certificados visibles a folios 22 y 24, junto con la Resolución No. 01089 del 1o de febrero de 1990, y el acta de posesión de fecha 27 de marzo de 1979, demostraban que al momento de su elección como Concejal de Corozal el señor Valmiro Rangel Rangel ocupaba el cargo de profesor de tiempo completo en la Escuela Normal Nacional de Varones de esa localidad, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 3o del Estatuto Docente era y seguía siendo empleado oficial, por lo que el acto demandado violaba flagrantemente el artículo 83 del Decreto 1332 de 1986.

El argumento según el cual los docentes no están incluídos en la inhabilidad del artículo 83 del C.R.H. por disposición del artículo 127 de la Constitución Nacional, fue desestimado por el Tribunal al considerar que ese precepto constitucional defiere a la ley señalar las condiciones en que los empleados públicos no contemplados en ella pueden intervenir en actividades políticas, no siendo posible aplicarlo por falta de reglamentación legal.

Para el H. Tribunal no existe enfrentamiento alguno entre los artículos 83 del C.R.H. y 127 de la C.N., apenas una ausencia de reglamentación del canon constitucional.

Al anunciar que acogería las súplicas de la demanda al *a-quo* señaló que no practicaría nuevo escrutinio porque en tratándose de inhabilidades de los candidatos lo que procedía era expedir la credencial, no al suplente sino al candidato inscrito en el segundo renglón de la lista encabezada por el candidato cuya elección se anula (art. 261 C.N.).

Las razones brevemente expuestas sirvieron para que el Tribunal Administrativo de Sucre declarara no probada la excepción propuesta, anulara el acto de elección demandado y ordenara la cancelación de la credencial. También declaró elegido como Concejal de Corozal al señor Nelson Manuel Quiroz Arrieta, disponiendo la expedición de la correspondiente credencial.

LA APELACION

De la parte actora

El motivo de su disentimiento radica en que el *a-quo* declaró elegido al señor Nelson Manuel Quiroz Arrieta en vez de ordenar la práctica de un nuevo escrutinio, tal como se solicitó en el libelo y como lo exige el principio de la justicia rogada, pues con la decisión que impugna el juez contencioso falló oficiosamente, lo cual -dice- no se ajusta a nuestro derecho positivo.

Además sostiene que si el artículo 73 del C.R.M. al enumerar taxativamente los casos de vacancia absoluta no incluye la nulidad de una elección, no era el caso aplicar el artículo 261 de la Carta, en la parte que esa disposición ordena que las vacantes, sean ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción sucesivo y descendente.

Por las razones expuestas solicita la modificación del fallo, en el sentido de ordenar la práctica de un nuevo escrutinio, excluyendo los votos depositados por Valmiro Rangel (fls. 68-69), y de declarar elegido a quien obtenga la mayoría.

De la parte demandada

El apoderado del señor Valmiro Rangel expuso cuatro razones como fundamento del recurso, así (fls. 71-72):

- No se declaró la excepción propuesta en la contestación de la demanda.

- El fallo impugnado no dió cumplimiento al principio fundamental de supremacía y prevalencia de la Constitución Nacional ya que no aplicó la disposición del artículo 127, contenida en la misma preceptiva.

- No se tuvo en cuenta, que el señor Valmiro Rangel Rangel, estaba sometido a un régimen especial, que lo sustraía del común ordinario de los empleados oficiales.

Los argumentos expuestos, fueron reiterados en los alegatos que obran a folios 81 a 96.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Octava Delegada ante esta Corporación estimó acertadas las decisiones del Tribunal de instancia respecto de la improsperidad de la excepción, de la inelegibilidad del señor Rangel Rangel y de la inaplicabilidad del artículo 127 de la C.N..

Pero por otra parte afirma que la declaratoria de nulidad de la elección del concejal inhabilitado por cualesquiera de los motivos señalados en el artículo 83 del Decreto 1332 de 1986, origina una incapacidad legal y en esas condiciones debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 261 de la Carta y no la práctica de escrutinios; por esta razón -dice- la consecuencia de la nulidad del acto demandado no era declarar elegido como Concejal de Corozal a Nelson Quiroz Arrieta, "...sino ordenar que por falta absoluta del señor Valmiro Rangel Rangel dicha vacante sea asumida por aquel" y, en este sentido, solicita se modifique la sentencia apelada, confirmándose en lo demás.

Como la Sala es competente para conocer en segunda instancia de este asunto y no se observa motivo que invalide la actuación, procede a proferir sentencia previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El medio exceptivo aludido, que se hace consistir en la ineptitud de la demanda, proviene de la falta del requisito formal de señalamiento de la cuantía "...toda vez que en este proceso es necesario para la determinación de la competencia y el grado de conocimiento", según se afirmó en la contestación de la demanda (fl.44).

La excepción previa referida antes se configura bien, cuando falta alguno de los requisitos formales que deben tenerse en cuenta en la elaboración del libelo incoatorio (arts. 137, 138 C.C.A.), se omiten los anexos que deben acompañarlo (arts. 139, 140 y 141 C.C.A.) o bien, cuando las pretensiones se acumulan contraviniendo lo preceptuado en el artículo 82 del C.P.C..

Es cierto que el artículo 137-6 del C.C.A. establece que toda demanda contencioso administrativa debe contener la estimación razonada de la cuantía, a fin de determinar la competencia, pero evidentemente esta norma se refiere a aquellas acciones en las que la pretensión es susceptible de valorarse en dinero, v.gr. las referentes a contratos administrativos, las de reparación directa y cumplimiento etc.; pero cuando, como en el proceso electoral, la pretensión no puede tasarse objetivamente, entonces son otros factores, diferentes a la cuantía, los que determinan la competencia; por vía de ejemplo podrían señalarse la naturaleza del acto demandado, o, el quántum del presupuesto anual ordinario, cuando, como en este caso, se demanda un acto electoral del orden municipal.

El presupuesto asignado al municipio de Corozal para la vigencia fiscal de 1992 supera los $98.000.000.00, razón por la cual compete a esta Corporación conocer en segunda instancia del presente proceso, conforme lo disponen los artículos 131-3 y 132-4 del C.C.A., en concordancia con el 265 de la misma preceptiva.

Así, entonces, contra lo que sostiene el apelante, el señalamiento de la cuantía no constituía requisito para establecer la competencia ni el grado de conocimiento de este proceso, pues, uno y otro, eran fácilmente determinables con la certificación expedida por el Jefe del Departamento de Presupuesto del municipio de Corozal (fl.23); por lo tanto, asistió la razón al Tribunal en su decisión de declarar no probada la excepción de inepta demanda.

El artículo 73 del Código de Régimen Municipal reza:

> "...Los Presidentes de los Concejos llamarán según el orden de colocación en la respectiva lista electoral, a los Concejales suplentes en los casos de faltas absolutas o temporales de los principales.
>
> Son faltas absolutas la muerte, la renuncia aceptada y la incapacidad legal o física permanentes para desempeñar el cargo. Los concejales suplentes solo podrán actuar después de haber tomado posesión del cargo."

Por su parte, el artículo 261 de la Constitución Nacional dispone:

> "...Ningún cargo de elección popular en corporaciones públicas tendrá suplentes. Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción sucesivo y descendente."

Al anular el acto declaratorio de la elección del Concejal Valmiro Rangel Rangel el Tribunal negó la solicitud de la demanda en el sentido de que se practicará un nuevo escrutinio, y en su lugar declaró elegido como Concejal de Corozal al señor Nelson Manuel Quiroz Arrieta, por ser éste el candidato inscrito en el segundo renglón de la lista encabezada por Valmiro Rangel, aplicando así la regla establecida en el precepto constitucional transcrito.

El actor apelante sostiene que en este caso es inaplicable el artículo 261 de la Carta, pues dentro de la enumeración taxativa que trae el artículo 73 del C.R.M., no aparece como vacancia absoluta la nulidad de una elección.

Es de advertir que el artículo 73 del Decreto 1333 de 1986, integra el capítulo correspondiente a la organización y funcionamiento de los Concejos Municipales y como tal reglamentaba la intervención en las sesiones del Cabildo de los desaparecidos concejales suplentes, cuando quiera que se presentaban faltas absolutas o temporales de los principales.

Al extinguirse la institución del suplente la disposición en comienzo no sólo perdió operancia en la medida en que eran justamente los suplentes sus destinatarios, sino que entre ella y el artículo 261 de la Carta no existe identificación o convergencia alguna, dado que el último de los preceptos mencionados además de suprimir la figura del suplente en las corporaciones públicas, señala la forma como han de ocuparse las

vacancias absolutas que se presenten en dichas corporaciones, y no la forma de suplir ausencias en sus sesiones.

La vacancia absoluta equivale a la desvinculación definitiva de cualquiera de los miembros que integran una corporación pública, sin que para el caso importe si la desvinculación proviene de una renuncia regularmente aceptada, o si fue ocasionada por la muerte del elegido, o como en este evento por la declaratoria de nulidad de la elección; en todo caso, el efecto será el mismo y la vacancia tendrá que ser ocupada como prevé el artículo 261 de la Carta Política, esto es "...por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción sucesivo y descendente".

En el caso *sub-análisis* la vacancia absoluta proviene de haberse declarado la nulidad de una elección por inhabilidad del elegido, razón por la cual no era del caso practicar nuevo escrutinio, y tampoco competía al Tribunal la ejecución de la respectiva sentencia (arts. 248, inc. segundo y 249 C.C.A.); el *a-quo* debió limitarse en su fallo a declarar la nulidad del acto demandado, disponiendo claramente en la parte resolutiva del mismo que el cargo vacante sería llenado conforme lo prevé el artículo 261 de la Carta Política; asi mismo, debió comunicar dicha decisión a la autoridad electoral competente para que adoptada en el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia recurrida, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Sucre declaró elegido como Concejal de Corozal al señor Nelson Manuel Quiroz Arrieta.

En el proceso se demostró plenamente que el 27 de marzo de 1979 el señor Valmiro Rangel Rangel tomó posesión del cargo de profesor de enseñanza secundaria de la Escuela Normal de Corozal, para el cual fue nombrado en propiedad el 8 de marzo de 1979 por Resolución No.3097 del Ministerio de Educación (fl.25). También, que mediante la Resolución No.01089 del 1o de febrero de 1990, al Ministerio mencionado estableció la planta de personal en las categorías directivo docente, docente y administrativo en dos planteles nacionales, entre ellos la Escuela Normal Nacional de Varones en la que el señor Rangel Rangel fue ubicado en la segunda de las categorías mencionadas (fls. 20-21).

Como educador que prestaba sus servicios en una institución del orden nacional, Valmiro Rangel Rangel era empleado oficial (art.3 D.2277/79), hecho que si bien es cierto admite su apoderado, a juicio de éste no genera inhabilidad alguna para ser concejal pues, asegura, la única limitación que el "Estatuto Docente" (D.2277/79) impone a la participación en política de los educadores es la no utilización de la cátedra para hacer proselitismo político (art.46 lit.1), advirtiendo, además, que el artículo 127 de la Carta al señalar taxativamente los funcionarios del estado a quienes les está prohibido tomar parte en actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, excluye a los docentes.

El artículo 83 del C.R.M. dispone que no podrán ser elegidos concejales quienes "...dentro de los dos años anteriores a la elección hayan sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales...".

Para la Sala el sentido claro y simple de esta norma, que no requiere de interpretación especial, indica que en este caso se cumplieron los supuestos señalados en ella,

porque Valmiro Rangel Rangel fue elegido concejal de Corozal (Sucre) en los comicios realizados el 8 de marzo de 1992 (fls.15 a 19) cuando se encontraba ejerciendo el cargo de docente, cargo que, como quedó visto, es un empleo que da a quien lo desempeña la calidad de empleado oficial.

Lo hasta aquí expuesto sería suficiente para admitir la viabilidad de la anulación, sin embargo la Sala considera conveniente hacer las siguientes precisiones:

El artículo 127 de la Constitución Nacional prevé la participación en política de algunos empleados del estado, en los siguientes términos:

> "Art.127....
>
> ...
>
> A los empleados del tratado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.
>
> Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley."

La norma constitucional transcrita admite que ciertos servidores públicos participen en actividades y controversias políticas, pero es evidente que no consagró una autorización absoluta, pues el mismo texto condiciona el ejercicio de tales actividades y controversias a lo que señale la ley que para su reglamentación debe expedirse. Será el legislador quien indique en cuales condiciones podrán participar "los empleados" no contemplados en la prohibición entendida en dicho canon constitucional. Pero, se repite, hasta tanto no se produzca la reglamentación, se aplicarán las normas vigentes, en este caso el tantas veces citado artículo 83 del Decreto 1332 de 1986 que, como se dijo, hace inelegibles -como concejales- a quienes hayan sido "empleados oficiales" dentro de los 6 meses anteriores a la elección.

No sobra anotar que los regímenes especiales que regulan las condiciones y el desempeño laboral de quienes trabajan al servicio del Estado, como por ejemplo los de la Contraloría General de la República (L.20/75), el Estatuto Docente (D.2277/79), Telecom (D.2200/87), no tienen la virtualidad de abstraer a sus miembros de la categoría genérica de empleados oficiales.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto del Ministerio Público y parcialmente de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1o- Confírmanse las decisiones contenidas en los numerales primero, segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre el 14 de julio de 1992.

2o.- Modifícase la decisión contenida en el numeral cuarto de la parte resolutiva del fallo referido en el numeral precedente y, en su lugar se dispone:

Para que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 261 de la Constitución Nacional, comuníquese la presente decisión al Registrador Municipal de Corozal (Sucre).

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SENA/DIRECTOR SECCIONAL-Selección/**DIRECTOR NACIONAL** Facultades/**GOBERNADOR**-Facultades

El artículo 305 numeral 13 de la Constitución Nacional, si bien establece de manera concreta como atribución del Gobernador, escoger los Gerentes o Jefes Seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el respectivo departamento, de las ternas enviadas por el Jefe Nacional que corresponda, esa facultad solo puede ejercerla, de acuerdo con la ley, como perentoriamente lo consagra la misma disposición. Quiere decir lo anterior que hasta tanto no se reglamente, el jefe nacional de los establecimientos públicos del orden nacional -que en el caso sub-examine lo es el Director del Sena-, no está obligado a enviar al gobernador la terna para la selección de candidatos a Gerente o Jefe Seccional de la mencionada entidad, encontrándose facultado para proveer los cargos conforme a las normas legales que rigen su creación y estructura orgánica, tal como lo hizo a través del acto demandado.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 0694. ELECTORAL UNICA INSTANCIA. Actor: *César Augusto Solanilla Chavarro*

Procede la Sala a resolver, mediante proveído de fondo, las pretensiones de la demanda a que se refiere el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

I.- La accion y sus fundamentos

El doctor CESAR AUGUSTO SOLANILLA CHAVARRO, obrando en su propio nombre, su ejercicio de la acción pública electoral, solicita: "que se anule el acto administrativo por el cual el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA nombró a OMAR PATIÑO HERNANDEZ como director de la Regional Tolima de dicha institución. Este acto consta en la resolución No.453 de marzo 12 de 1992 por medio de la cual se ordena una novedad".

El Servicio Nacional de Aprendizaje SENA es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Trabajo, que para una adecuada prestación de servicios se ha desconcentrado territorialmente, creando regionales en todo el país, como la del Departamento del Tolima cuya estructura orgánica está determinada en la resolución No. 1234 del 8 de noviembre de 1990.

Para dicha regional el Director General de la Entidad con la refrendación de la Jefe de División de Recursos Humanos, mediante la resolución No. 453 del 12 de marzo de 1992, nombró al señor OMAR PATIÑO HERNANDEZ como su director.

El acto administrativo de nombramiento lo considera el actor violatorio de los artículos 287 y 305 numeral 13 de la Constitución Nacional.

El primero porque "las entidades territoriales, dentro de su autonomía tienen el derecho a gobernarse por autoridades propias. El gobernador hoy con legitimidad al ser elegido por votación popular representa como Jefe de la Administración Seccional y Representante Legal es el encargado (sic) de velar por la atención de los asuntos seccionales y la planificación del desarrollo económico y social de la región".

Y respecto al segundo, porque en el proceso de "selección y nombramiento" del Director Regional del Tolima no se envió al señor Gobernador la terna para su escogencia, sino que se designó directamente por el Director General del Sena, sin tener en cuenta la previsión de la norma constitucional, que al otorgar competencia a dichos mandatarios departamentales para proveer esos cargos, derogó las disposiciones que se la atribuían al Director General.

II.- Contestación de la demanda

Por medio de apoderado el ciudadano OMAR PATIÑO HERNANDEZ, se opuso a la declaratoria de anulación del acto administrativo demandado, "por cuanto su expedición estuvo ajustada a las previsiones legales y constitucionales vigentes a la época". En relación con los hechos admite ser ciertos en su totalidad, y como argumento de defensa expone: "Las normas violadas y las razones que arguye el actor no corresponden a la realidad jurídica ya que el SENA observó rigurosamente los mandatos de ley y los constitucionales vigentes, los primeros referidos a calidades, legitimidad de la competencia para nombrar y la ocurrencia de vacancia en el cargo de Director Regional SENA en el Departamento del Tolima y los segundos especialmente los relacionados con la función pública".

Aduce, que la Constitución debe cumplirse en los términos que ella prevé, en el presente caso previó el desarrollo de la ley que el artículo 305 numeral 13 dispone. Es decir, que en la escogencia de gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional, el Gobernador debe ceñirse "a lo que establezca la ley".

III.- Decreto de pruebas y traslado para alegar

En auto calendado el 21 de julio de 1992 (fl. 66 y s.s.), se decretaron las pruebas allegadas y solicitadas oportunamente por las partes, recepcionadas en su mayoría.

Durante el término de traslado para alegar no se presentó ningún escrito, tal como lo informa la secretaría a folio 97.

IV.- Concepto fiscal

La procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, al emitir su concepto solicita a esta sección, deniegue las pretensiones de la demanda, porque a su juicio la norma constitucional invocada por el actor, artículo 305 numeral 13, "no produce efecto inmediato, sino mediante su desarrollo legislativo, razón por la cual, hasta cuando no se reglamente, el Jefe Nacional respectivo de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, no está obligado a enviar la terna al gobernador para la selección de los gerentes o jefes seccionales..."

Como no se observan vicios de nulidad que afecten la actuación, se entra a resolver lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Las pretensiones de nulidad del acto por el cual, el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, nombró al señor OMAR PATIÑO HERNANDEZ como Jefe de la Seccional del Tolima, contenido en la resolución No. 453 del 12 de marzo de 1992, descansan fundamentalmente en un hecho: haberse proveído el cargo directamente por el antecitado servidor público, sin tener facultades para ejercer esa atribución, pues si antes la tenía, en virtud de la nueva constitución le fue trasladada a los gobernadores, es decir, las disposiciones que le daban competencia al Director del SENA en esta materia, según criterio del actor, fueron derogadas a partir de la vigencia de la Carta, limitando su función únicamente al envío de la terna a dicho mandatario para que éste haga la selección del candidato, requisito que en el presente caso omitió el prenombrado director procediendo de manera irregular a realizar el nombramiento con violación de los artículos 287 y 305 numeral 13 de la C.N.

Para la sala, ninguna de estas disposiciones resulta quebrantada con el acto administrativo impugnado, porque en su expedición se observaron las normas constitucionales y legales vigentes.

Ciertamente, la nueva Carta Política de 1991, para consolidar el proceso de descentralización de las entidades territoriales que invoca como principio en su artículo

1., las dotó de autonomía para la gestión de sus intereses y les otorgó los derechos que expresa en el artículo 287, entre los cuales resaltan los de "gobernarse por autoridades propias" y "ejercer las competencias que les correspondan". Es decir, introdujo una gran reforma al régimen Departamental, como bien afirma en su concepto la representante del Ministerio Público, no solo eligiendo por voto popular a los gobernadores sino dándoles nuevas atribuciones, encontrándose entre ellas las del numeral 13 del artículo 305 para escoger de las ternas enviadas por el Jefe Nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento".

Pero, al igual que un gran número de disposiciones constitucionales, respecto de las cuales ha tenido oportunidad de hacer el mismo pronunciamiento el Consejo de Estado, las que son objeto de análisis deben ser reglamentadas por el legislador para que empiecen a operar. Ellas mismas imponen tal condición, o ésta la prevé otra disposición.

En el caso del artículo 287 de la C.N., que al establecer el régimen autonómico, o sea, el reconocimiento de la descentralización y la autonomía de las Entidades Territoriales, señala que éstas deben gozar de dicho régimen "dentro de los límites de la Constitución y la ley".

El siguiente artículo al referirse de manera general a la organización territorial de que trata el título XI de la carta, señala: "La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las Entidades Territoriales...Las competencias atribuidas a los distintos niveles serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establece la ley".

Y el artículo 305 numeral 13 de la C.N., si bien establece de manera concreta como atribución del gobernador, escoger los Gerentes o Jefes Seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el respectivo departamento, de las ternas enviadas por el Jefe Nacional que corresponda, esa facultad solo puede ejercerla, "de acuerdo con la ley", como perentoriamente lo consagra la misma disposición.

Quiere decir lo anterior, y a esta conclusión se llega en coincidencia con el criterio de la agencia fiscal, especialmente en lo que respecta a la disposición últimamente citada, que hasta tanto no se reglamente, el Jefa Nacional de los Establecimientos Públicos del Orden Nacional, que en el caso *sub-examine* lo es el Director del SENA, no está obligado a enviar al gobernador la terna para la selección de candidatos a Gerente o Jefe Seccional de la mencionada entidad, encontrándose facultado para proveer los cargos conforme a las normas legales que rigen su creación y estructura orgánica, tal como lo hizo a través del acto demandado y lo demuestra con los documentos que conforman los antecedentes administrativos de nombramiento (fls. 106 y s.s.).

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

FALLA

PRIMERO: Deniéganse las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO : En firme esta providencia archívese el proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD PROCESAL/INDEBIDA REPRESENTACION/TITULARIDAD

La violación de la causal octava del artículo 140 sólo puede hacerla quien resulta afectado con el vicio alegado por establecerlo así el artículo 143 y en el presente caso tal persona no es el impugnador, quien ha venido actuando normalmente dentro del juicio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta. Santafé de Bogotá, D.C. doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente; *Dra. Miren de La Lombana de Magyaroff*

Ref.: Expediente No. 0855. Actor: *Juan Manuel Orozco Fandiño.*

APELACION DE AUTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesta contra el auto de 3 de septiembre de 1992, dictado por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en cuanto no declaro la nulidad invocada por el impugnante.

Como se observa a folio 24, la parte impugnadora solicitó se decretara la nulidad de la notificación del auto admisorio de la demanda, por considerar que la diligencia en cuestión es defectuosa, violándose el artículo 23 de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 152, numeral No.154 y 155 del Código de Procedimiento Civil.

Explica que por tratarse de una notificación personal se han debido cumplir con todas las exigencias legales lo que no sucedió, como lo reconoce el apoderado del demandante.

El apoderado de la parte actora, dentro del término legal, solicito al Tribunal no acceder a decretar la nulidad pretendida, por las siguientes razones: (fls. 27 y 28).

- Los fundamentos de derecho de la parte adhesiva están equivocados ya que no se refieren a las causales de nulidad.

- Esta causal solo puede ser alegada por la persona afectada, de acuerdo con lo previsto en los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil.

- De acuerdo con lo establecido en el inciso 4o. del mismo artículo, el Juez deberá rechazar esta petición de plano.

El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante auto fechado el 3 de septiembre de 1992, resolvió no declarar la nulidad por falta de notificación del auto admisorio de la demanda por considerar que la notificación fue hecha en forma debida, no presentándose la causal de nulidad invocada. (Fls. 30 a 33).

El impugnador apeló el auto anterior por considerar que la notificación efectuada a quien resultó elegida estuvo viciada y por lo tanto nula, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 152, 154 y 155 del antiguo Código de Procedimiento Civil (hoy 140, 142 y 143 ibidem).

Se observa:

Del recuento anterior se deduce claramente que quien propone la nulidad es la parte impugnadora y el fundamento de la misma es la causal octava del artículo 140 del C.de P.C. que a la letra dice:

> "ART. 140. Causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:
>
> "...
>
> 3. Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquel o de éste, según el caso, del auto que admita la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición."

Por su parte el artículo 143 del mismo Código, que trata sobre los requisitos para alegar la nulidad establece en el inciso 3o.:

> "La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada."

De la lectura de la norma transcrita se deduce claramente que la invocación de la causal octava del artículo 140 sólo puede hacerla quien resulta afectado con el vicio alegado por establecerlo así el artículo 143 y en el presente caso tal persona no es el impugnador, quien ha venido actuando normalmente dentro del juicio.

En tales condiciones la decisión del Tribunal debe ser confirmada por las razones que aquí se exponen.

De otra parte observa la Sala que a folio 44 aparece un memorial suscrito por el Dr. Hugo Escobar Sierra quien manifiesta obrar como apoderado sustituto del demandante pero sin acompañar el documento que acredite tal calidad.

En consecuencia, no se tendrá en cuenta tal escrito ni se le reconocerá personería.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

1o. Confirmar la providencia apelada.

2o. No reconocer personería al Dr. Hugo Escobar Sierra como apoderado sustituto del demandante por las razones expuestas en la parte motiva.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONCEJAL-Inhabilidades/**EMPLEADO OFICIAL**

Habiendo quedado establecido que la demandada se desempeñó como como empleada oficial dentro de los seis meses que precedieron a su elección como concejal, y aún después de realizada ésta, no hay duda alguna que se encontraba incursa en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986. DECLARA NULO el acto por medio del cual se declaró la elección de concejales del municipio de Cereté-Córdoba en cuanto hace a la elección de la Señora CAROLINA PATIÑO GUERRA y ordena la cancelación de la credencial que acredita a dicha señora la calidad de Concejal.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penén Deltieure*

Ref: Expediente No. 0796. ACTOR: *Morgan Ignacio Jiménez*

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte actora (fl.51), contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 22 de julio de 1992 (fls. 42-49).

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública electoral y actuando en su propio nombre, el abogado Morgan Ignacio Jiménez Bula demandó del Tribunal Administrativo de Córdoba la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaro elegida Concejal del Municipio de Cereté para el período 1992-1994 a la ciudadana Carolina Patiño Guerra.

Como consecuencia de la anterior declaración pidió la expedición de la credencial a quien constitucional y legalmente corresponda.

Alega el demandante, que el acto impugnado transgredió el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, toda vez que al momento de su elección, y aún después de ella, la señora Patiño Guerra se desempeñaba como educadora al servicio del Estado con vinculación legal que le daba el *status* de empleado oficial.

Dentro de la oportunidad legal el apoderado de la demandada contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones y planteo dos excepciones de fondo: por ineptitud de la demanda y porque ésta no comprende a todos los litisconsortes necesarios.

En cuanto hace a las normas violadas y al concepto de la violación, sostuvo que la prohibición legal contenida en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 involucra al empleado oficial en términos genéricos; sinembargo, y en contraposición de tal generalidad, el artículo 127 de la Carta Política, adoptó por vía excluyente una autorización para que los empleados públicos u oficiales participaran en política, con excepción de los que ejerzan jurisdicción, actividad (sic) civil o política, cargos de dirección administrativa o se desempeñen en los órganos judicial, electoral o de control.

De lo anterior infiere que existe contradicción entre las disposiciones constitucional y legal referidas, pero como a tenor del artículo 9o. de la Ley 153 de 1887 la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente,toda disposición anterior a la Carta, que sea contraria a su letra o a su espíritu, debe ser desechada por insubsistente.

Concluye, que si la docente cuya declaratoria de elección se pretende anular, no ejercía cargo con las connotaciones vistas, le estaba permitido participar en actividades partidistas. Además, alega que al momento de su elección la señora Carolina Patiño se encontraba despojada de sus funciones docentes, pues se encontraba en comisión en el CEID de la Asociación de Maestros de Córdoba "ADEMACOR", asociación de derecho privado.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a las excepciones, el *a-quo* consideró:

Respecto de la inepta demanda, que se fundamentó en la omisión de la certificación del presupuesto municipal, no prospera por cuanto el documento que señala su monto fue anexado y obra al folio 6 del expediente.

Por lo que hace a lo que se hizo consistir en la no integración del litis-consorcio, estimo que la intervención procesal de la persona cuya elección se impugna era suficiente para la integración del litis-consorcio pasivo, pues la causal alegada la afectaría a ella individualmente y, por lo tanto, no era necesario vincular a los demás integrantes de la lista en la que también resultó elegida la señora Carolina Patiño (art. 266 C.C.A.).

Sobre el fondo del asunto debatido, después de comparar los artículos 83 del C.R.M. y 127 de la Carta (inc. seg.), e invocando para el efecto el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, el a-quo sostuvo que la primera de las disposiciones aludidas debía ser "desechada como insubsistente parcialmente, en cuanto es contrario (sic) por su concepción genérica, a lo expresado en el inciso 3o de la norma constitucional"; sinembargo —agrega— ella se mantiene solo en relación a lo que consagra el inciso 2o ibidem, esto es, que la prohibición contenida en el artículo 83 si es aplicable a los funcionarios oficiales que ocupen cargos con las connotaciones señaladas en ese inciso.

Del cotejo entre los artículos 127 de la Carta y 83 del C.R.M., concluye el *a-quo* que tan solo están inhabilitados para ser elegidos concejales aquellos ciudadanos que dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de su elección hubieren sido empleados oficiales y ejercido jurisdicción, autoridad civil, política, cargos de dirección administrativa, o se hubieren desempeñado en los órganos judicial, electoral, o de control.

Agrega, que según el inciso tercero de la precitada norma constitucional —art.127— quienes ejerzan cargos que no conlleven esas connotaciones pueden participar en actividades partidarias y, por ende, eleccionarias; todo ello, como lo expresa el mismo inciso, en las condiciones que señale la ley que ha de expedir el legislador, determinando la forma práctica de ejercer tal permisión, siendo inoperante su ejercicio mientras no se dicte reglamentación. Pese a lo inmediatamente sostenido, el Tribunal afirma que si Carolina Patiño no ocupaba ningún cargo con las connotaciones aludidas en el inciso segundo del artículo 127 de la C.N., no le era aplicable el artículo 83 del C.R.M.

Los argumentos que han quedado resumidos condujeron al Tribunal Administrativo de Sucre a negar las pretensiones de la demanda luego de aclarar que la condición derogada que caracteriza a esta jurisdicción le impedía estudiar la violación de disposiciones que no habían sido citadas en el texto del libelo.

EL RECURSO DE APELACION

Por dos razones el actor disiente de la sentencia:

1.- Afirma que no hay contradicción entre los artículos 127 de la Carta y 83 del Decreto 1333 de 1986, porque si bien es cierto que existe permisividad para que los empleados oficiales no enlistados dentro de la prohibición señalada en el canon constitucional puedan participar en actividades políticas-partidistas, debe estarse a lo que disponga la respectiva ley reglamentaria, la que aún no ha sido dictada. Al no existir

contradicción no puede desecharse el artículo 83 del C.R.M.; para apoyar su dicho se remite al concepto del 10 de abril de 1991 de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

2- La acción electoral es una acción pública de las denominadas contenciosa objetiva de nulidad electoral, que se rige por reglas propias y no por las ordinarias. Se trata —dice— de garantizar a la Sociedad, la legalidad comprobada del acto acusado y no a la inversa, que sería probarle al demandante que existe violación pero que no fue concretamente invocada.

EL CONCEPTO DE LA PROCURADURIA DELEGADA

La Procuradora Séptima Delegada en su concepto de fondo expresa su desacuerdo con la decisión del *a-quo*, pues a su juicio para la fecha de la elección como Concejal de Cereté la ciudadana Carolina Patiño Guerra se encontraba incursa en la causal de inhabilidad señalada en el artículo 83 del C.R.M.

En relación con el artículo 127 de la C.N. se remite al pronunciamiento hecho por esta Sala en auto del 14 de agosto del año en curso sobre ponencia de la doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.

Concluye solicitando la revocatoria de la sentencia recurrido y se declare la nulidad del acto acusado.

CONSIDERACIONES

El artículo 3o. del decreto 2277 de 1979, llamado "Estatuto Docente", señala que los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital o municipal, son empleados de régimen especial.

En este caso está demostrado que la señora Carolina Patiño Guerra se vinculó como educadora al servicio del Departamento de Córdoba desde el día 16 de mayo de 1974 (fl. 26); también está demostrado que para el 20 de mayo de 1992 se encontraba laborando en el Centro Docente de Niñas del Municipio de Cereté, la Delegada del Ministerio de Educación Nacional ante el FER de Córdoba.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 3o. del "Estatuto Docente", la educadora Carolina Patiño era empleada oficial cuando fue elegida concejal de Cereté el 8 de marzo del año en curso (fls. 3-5), condición que mantuvo aún después de la elección. El artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, que el actor cita como transgredido con el acto demandado, reza:

> "...Los miembros del concejo se denominarán concejales. Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión. Se exceptúan de esta prohibición los condenados por delitos políticos. *Tampoco podrán ser elegidos concejales, quienes* dentro de los dos años anteriores a la elección, hayan sido contratistas del respectivo municipio o *dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales*, ni quienes, en cualquier época y por autoridad competente,

> hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionado más de dos veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de un cargo público". (se subraya)

Habiendo quedado establecido que la docente Carolina Patiño Guerra se desempeñó como empleada oficial dentro de los seis (6) meses que precedieron a su elección como concejal, y aún después de realizada ésta, no hay duda alguna que se encontraba incursa en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, disposición transcrita e invocada por el actor en su demanda.

El hecho de que entre el 2 de diciembre de 1991 y el 2 de abril de 1992 la docente Carolina Patiño se encontrara en comisión en el Centro de Estudio e Investigaciones Docentes "CEID", de la Asociación de Maestros de Córdoba "ADEMACOR", no la despojó de su condición de empleada oficial que la inhabilitaba para ser elegida concejal. Más aún, en razón de encontrarse escalafonada y en servicio activo es que le fue otorgada la comisión para realizar un estudio diagnóstico de la situación educativa del municipio de Cereté; y en su calidad de comisionada no solo conservaba su clasificación en el escalafón sino que tenía, además, derecho a regresar a su cargo docente y a que el tiempo de duración de la comisión le fuera tenido en cuenta para efectos de ascenso, como se desprende del contenido del artículo 66 del Decreto 2277 de 1979.

El a-quo afirma que el artículo 83 del C.R.M. debe ser desechado por insubsistente, porque contraría lo expresado en el inciso tercero del artículo 127 de la Constitución Nacional. Al respecto la Sala en sentencia del 29 de octubre del año en curso, expresó:

> "5o. Finalmente, en lo que atañe a la vigencia inmediata, sin necesidad de ley reglamentaria de lo previsto en el Art. 127, inciso tercero, de la Carta Constitucional, resta observar que esta Sala ha compartido lo que al respecto sostuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, o sea, que mientras no se expida la ley que señala las condiciones para que ciertos empleados oficiales puedan participar en actividades y controversias políticas, no cabe tener por aplicable la citada excepción.
>
> Es más: también ha sostenido y aquí lo reitera, que es impertinente invocar el precitado inciso del Art. 127 de la Constitución en casos como el que se examina, por cuanto esa norma versa con la prohibición de intervenir en política que se excepciona en favor de algunos empleados oficiales, `...en las condiciones que señale la ley...', en tanto que lo atañedero con las calidades e inhabilidades para ser concejal, que es materia diferente, lo prevé el Art. 83 del Decreto 1333 de 1989, norma que no cabe estimar derogada tácitamente por la nueva Constitución, en razón a que esta, de modo armónico con esa norma, dispone en su Art. 312 que corresponde a la ley determinar las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales". (Sentencia del 29 de octubre de 1992, Consejero Ponente: doctor Amado Gutiérrez Velásquez, proceso No. 0785, actor: Roberto Jiménez Carmona).

Los argumentos tomados de la sentencia cuya parte pertinente se transcribió ponen en evidencia la equivocación del a-quo al desechar por insubsistente el artículo 83 del C.R.M.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1o.- Revócase la sentencia proferida el 22 de julio de 1992 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, y en su lugar se dispone:

2o.- Declárase nulo el acto por medio del cual se declaró la elección de concejales del municipio de Cereté —Córdoba—, en cuanto hace a la elección de la señora Carolina Patiño Guerra.

3o.- Cancélase la credencial que acredita a la señora Patiño Guerra, la calidad de concejal.

4o.- Comuníquese esta decisión al Presidente del Concejo Municipal de Cereté y al Registrador Municipal del Estado Civil, de la misma localidad.

5o.- Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL-Causales/**NULIDAD ELECTORAL**-Inexistencia/ **RESIDENCIA**

Las causales de anulación en todos los procesos están expresamente contempladas en las normas legales, son de aplicación restringida y no cabe hacer interpretaciones analógicas. Por manera que cuando se solicite ante la jurisdicción contencioso administrativa la anulación de un acto electoral, con la consecuente cancelación de la credencial, solo es viable hacer esta petición con fundamento en los motivos de nulidad expresamente fijados por la Ley. El objetivo del artículo 316 de la Constitución Nacional, que exige el requisito de la residencia para los sufragantes que participen en el requisito de la residencia para los sufragantes que participen en la elección de las autoridades o en la decisión de asuntos de la correspondiente localidad, es el de impedir que forasteros intervengan en los asuntos de una comunidad a la cual son ajenos y la posibilidad de aprovechar electorales "paracaidistas" con desmedro de la voluntad real del electorado local. Y ciertamente que el cumplimiento de esta formalidad es de capital importancia para efectos de asegurar resultados adecuados a la actividad política de la región.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penén Deltieure*

Ref: Expediente No. 0802. ACTOR: *Abelardo Cortés*

Por apelación interpuesta por el actor conoce la Sección Quinta del Consejo de Estado de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 13 de agosto de 1992, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda encaminada a obtener la declaratoria de nulidad de la elección del señor Adriano Mayorga Benavides como Concejal del Municipio de Suesca, Cundinamarca.

ANTECEDENTES

I. La demanda:

Obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, el ciudadano Abelardo Cortés solicita se hagan las siguientes declaraciones:

> "1. Que es NULA la elección del señor ADRIANO MAYORGA BENAVIDES, como CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE SUESCA efectuada en los comicios electorales realizados el 8 de marzo de 1992, en el Municipio de Suesca, Cundinamarca, declarada por la Comisión Escrutadora correspondiente el día 11 de marzo de 1992.
>
> 2. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene la CANCELACION Y ANULACION de la credencial que acredita legalmente a ADRIANO MAYORGA BENAVIDES como Concejal electo de Suesca para el período 1992-1994.
>
> 3. Que dicha cancelación y anulación afecta también al segundo renglón en la lista de Concejales encabezada por ADRIANO MAYORGA BENAVIDES, tomada en el orden sucesivo y descendiente y en consecuencia al señor JUAN EURIPIDES LOPEZ no podrá entrar a reemplazar en el cargo de Concejal de Suesca, al señor Adriano Mayorga Benavides.
>
> 4. Que las anteriores novedades se comuniquen a quienes legalmente deban conocerlas, mediante oficios que deberán dirigirse y enviarse al Presidente del Consejo Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil, a sus delegados para el Municipio de Suesca, Cundinamarca y al señor Presidente del Concejo Municipal de Suesca". (fl. 1).

Fundamento de sus pretensiones son los supuestos de hecho que hizo consistir en que los señores Adriano Mayorga Benavides y Juan Eurípides López al momento de su elección no residían ni residen en el municipio de Suesca sino en la ciudad de Bogotá, y esta circunstancia les hacía inelegibles al tenor de lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución vigente, de donde colige la violación de la norma en cita.

II- La contestación de la demanda:

Mediante apoderado el señor Adriano Mayorga Benavides contestó la demanda. Adujo que no es cierto que en la fecha en que fue elegido Concejal de Suesca no tuviese residencia en dicha localidad pues, por el contrario, ésta ha sido permanente desde hace muchos años. Allí ha ejercido el cargo de Concejal, tiene familiares y con

ellos ha explotado económicamente unas fincas. Frecuenta todas las semanas las veredas de Hato Grande y Aguachica por razón de sus negocios, ejerce su profesión de abogado en el citado municipio y tiene también residencia en Bogotá. Niega que sea inelegible para el cargo de Concejal Municipal a tenor del artículo 316 de la Constitución, por cuanto esta norma se refiere a los ciudadanos residentes en el respectivo municipio, y él como ciudadano residente podía participar en las elecciones de las autoridades locales de Suesca que tuvieron lugar el 8 de marzo de 1992.

La contestación de la demanda fue coadyuvada por el ciudadano Juan Eurípides López.

III- La sentencia apelada:

El H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en desacuerdo con el concepto del Ministerio Público, profirió sentencia el 13 de agosto de 1992 denegando las pretensiones de la demanda. Consideró como una reacción al exceso de centralismo los ordenamientos establecidos para la escogencia por el mismo pueblo de Concejales y Alcaldes Municipales. Y como el resultado del afán de asegurar un mayor interés en la gestión municipal la exigencia de calidades referentes a la oriundez y vecindad, vínculos familiares, patrimoniales y sentimentales con la respectiva región.

Señala el *a-quo* que la facultad de escoger mediante el voto popular a los gobernantes "...otorga entonces el derecho a que sean los residentes de un municipio quienes estén habilidades para tal elección y no extraños llegados para el día de elecciones mediante el conocido y aún no desterrado totalmente "trasteo de votantes", práctica que desvirtúa todo el espíritu de las reformas tendientes a la consagración de la democracia local". (fl. 119).

Discrepa el sentenciador de instancia de la interpretación que hace la parte actora del contenido del artículo 316 de la Constitución, sobre la base de que este precepto está dirigido a los electores, quienes desarrollan la votación, mas no a los elegidos. Cita el artículo 293 de la misma Carta, el cual defiere a la ley la función de establecer las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fechas de posesión, sesiones, faltas, etc. de los miembros y funcionamiento de las entidades territoriales. Se refiere también a las leyes 1a. y 2a. de 1992, relativas a la elección de ediles y conformación de Juntas Administradoras Locales y disposiciones para las elecciones del pasado 8 de marzo, y a la ley 49 de 1987, señalando "...que al otorgar al contenido del Artículo 316 de la actual Constitución Política el alcance que pretende la parte actora, se conllevaría a la derogatoria del Artículo 2o. de la ley 49 de 1987, que al consagrar las calidades para ser electo alcalde de un determinado municipio establece el atributo de vecindad de que trata el Artículo 78 del Código Civil, norma esta que asimila los conceptos de domicilio y de vecindad, conceptos estos de contenidos muy diferentes al de RESIDENCIA". (fl. 122)

Con fundamento en lo anterior concluye en que no es necesario el análisis de los medios probatorios aportados para comprobar el cargo endilgado.

IV. El recurso:

El actor interpuso recurso de apelación contra la providencia del Tribunal. Argumentó que no se puede aceptar el análisis que hizo el a-quo respecto del artículo 316 de la Carta, pues la segunda parte de la norma en mención, según la cual para la decisión de asuntos locales solo pueden participar ciudadanos que residen en el respectivo municipio, "...busca que cada localidad se de sus gobernantes, escogidos entre la gente que conoce, vive y siente los problemas y por los ciudadanos que los padecen. Y es que si bien la primera parte del artículo 316 produce algunas dudas, la segunda, cuando ordena SIN LUGAR A DUDAS que para DECIDIR ASUNTOS DE CARACTER LOCAL, se requiere ser RESIDENTE en el Municipio, aclara y define la primera". (fl. 127).

Anota, además, que el artículo 2o. de la Ley 49 de 1987 no está vigente "...en cuanto involucra el elemento DOMICILIO como requisito para ser Alcalde, en virtud de los (sic) dispuesto en el art. 316 de la Constitución". (fl. 127).

El apoderado del demandado presentó alegato haciendo énfasis en las consideraciones e interpretación del artículo 316 de la Carta que tuvo en cuenta el a-quo en su decisión, la cual pide sea confirmada.

V- El Ministerio Público

La señora Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso conceptuó que el cargo imputado por el actor no encaja en ninguna de las causales taxativas que prevé el artículo 223 del C.C.A., como tampoco dentro de las inhabilidades para ser elegido Concejal que enuncia el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, las que serían los únicos motivos para la prosperidad de las pretensiones, en razón de lo cual la circunstancia de que el demandado no residiera al momento de su elección en el municipio de Suesca no afecta la validez del acto que lo declaró elegido.

Precisa que el artículo 312 de la Carta le confió a la ley la determinación de las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los Concejales, y que hasta tanto no se dicten las normas pertinentes rige sobre el particular el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, el que en manera alguna exige que el candidato a Concejal debe residir en el municipio donde resulte elegido.

Señala que el artículo 316 de la Constitución no tiene el alcance que el actor le otorga sino el propósito de impedir el traslado de electores de una circunscripción a otra, principio que recogió la ley 2a. de 1992.

Solicita se confirme la sentencia recurrida desfavorable a la demanda.

CONSIDERACIONES

Comparte la Sala la decisión del a-quo en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, mas no por las razones aducidas referentes a la interpretación que el actor ha hecho del artículo 316 de la Carta Política, por cuanto de esta apreciación no cabe inferir la conclusión a la que se llega en el fallo.

Conforme a la demanda, con la elección del señor Adriano Mayorga Benavides como Concejal del Municipio de Suesca, Cundinamarca, se quebrantó el artículo 316 de la nueva Constitución. Asegura el actor que es nula dicha elección, lo cual afecta también a Juan Eurípides López, quien no podrá entrar a reemplazar al elegido, porque los mencionados ciudadanos no residen ni residían en dicho municipio en la fecha de la elección.

La disposición constitucional que el demandante estima violada es del siguiente tenor:

> "Artículo 316. En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, solo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio".

Al expresar de manera concreta y taxativa el artículo 223 del C.C.A., con las modificaciones a él introducidas por el artículo 65 de la ley 96 de 1985 y el artículo 17 de la ley 62 de 1988, las causales de nulidad que pueden invocarse en los procesos electorales, la Sala encuentra que en el libelo demandatorio no se hizo referencia a alguna de ellas. Por otra parte, como acertadamente lo observa la señora Procuradora Octava en su vista de fondo, cuando se celebraron los comicios el 8 de marzo de 1992, en los cuales resultó elegido el ciudadano Adriano Mayorga Benavides Concejal, el régimen jurídico en materia de inelegibilidad aplicable a esta elección era el contenido en el Decreto 1333 de 1986, en cuyo artículo 83 está previsto lo siguiente:

> "...Para ser elegido Concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión. Se exceptúan de esta prohibición los condenados por delitos políticos. Tampoco podrán ser elegidos Concejales, quienes dentro de los dos años anteriores a la elección, hayan sido contratistas del respectivo Municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales, ni quienes, en cualquiera época y por autoridad competente, hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de un cargo público".

Y en su artículo 84 el citado Decreto estatuye:

> "No podrán ser elegidos Concejales los apoderados de los contratistas del correspondiente Municipio".

De las normas transcritas no se establece que el cargo endilgado al demandado constituya motivo de inelegibilidad, que pudiera dar paso a la aplicación de alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 223 del C.C.A., porque aquellos pre-

ceptos no enuncian siquiera la posibilidad de que para ser elegido Concejal debe el candidato haber residido o residir en el respectivo municipio.

Las causales de anulación en todos los procesos —el electoral es uno de ellos— están expresamente contempladas en las normas legales, son de aplicación restringida y no cabe hacer interpretaciones analógicas. Por manera que cuando se solicite ante la jurisdicción contencioso administrativa la anulación de un acto electoral, con la consecuente cancelación de la credencial, solo es viable hacer esta petición con fundamento en los motivos de nulidad expresamente fijados por la ley.

En el *sub-lite* el cargo formulado carece de sustento legal, razón por la cual serán denegadas las pretensiones de la demanda.

El objetivo del artículo 316 de la Constitución Política, que exige el requisito de la residencia para los sufragantes que participen en la elección de las autoridades o en la decisión de asuntos de la correspondiente localidad, es el de impedir que forasteros intervengan en los asuntos de una comunidad a la cual son ajenos y la posibilidad de aprovechas electorales "paracaidistas" con desmedro de la voluntad real del electorado local. Y ciertamente que el cumplimiento de esta formalidad es de capital importancia para efectos de asegurar resultados adecuados a la actividad política de la región, criterio éste que como bien lo anota la colaboradora del Ministerio Público, quedó plasmado en el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1991, que contiene disposiciones relativas a las elecciones del 8 de marzo del año en curso.

En todo caso, del análisis interpretativo del artículo 316 de la Carta Política no es posible deducir motivo de nulidad electoral por la sencilla razón de que no aparece establecida como tal.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el concepto de la señora Procuradora Octava, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1o.- Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Primera— el 13 de agosto de 1992, que denegó las pretensiones de la demanda.

2o.- En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL/JURISDICCION (Aclaración de Voto)

El fundamento del cargo que trae la demanda es la violación del artículo 316 de la Constitución Nacional. En consecuencia, el análisis debía versar exclusivamente sobre la disposición constitucional mencionada que, como acertadamente lo dice la providencia, no es aplicable al caso de autos. Sobra por lo tanto el examen de disposiciones que no han sido invocadas en la demanda y que el juzgador no puede analizar de oficio en un contencioso de anulación.

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

Ref. Expediente No. 802. Actor: *Abelardo Cortés*

Con el mayor respeto me permito aclarar el voto en la decisión que antecede, por cuanto aunque estoy de acuerdo con la parte resolutiva considero del caso precisar lo siguiente:

El fundamento del cargo que trae la demanda es la violación del artículo 316 de la C.N. En consecuencia, el análisis debía versar exclusivamente sobre la disposición constitucional mencionada que, como acertadamente lo dice la providencia, no es aplicable al caso de autos.

Sobra por lo tanto el examen de disposiciones que no han sido invocadas en la demanda y que el juzgador no puede analizar de oficio en un contencioso de anulación.

De los señores consejeros,

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

Fecha Ut Supra.

ALCALDE-Inhabilidades/EMPLEADO OFICIAL

Hasta tanto la ley a la que se refiere el artículo 293 de la Constitución determine las inhabilidades de los ciudadanos que aspiren a ser elegidos alcaldes con voto popular están vigentes las actuales sobre la materia. Del contenido del acto demandado y de los documentos acompañados con la demanda y aducidos por el demandante en su petición de suspensión provisional, demuestran la infracción manifiesta de las leyes 78 de 1986, artículo 5o., literal e) y 49 de 1987, artículo 1o., parágrafo segundo, normatividad legal según la cual no podrá ser elegido ni designado alcalde quien "... dentro de los tres meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial...

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Ref. Expediente No. 0866. Actor: *Luis A. Suárez A.*

De plano, como lo dispone el artículo 255 del C.C.A., procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto de fecha 25 de agosto de 1992 por medio del cual el H. Tribunal Administrativo de Antioquia suspendió los efectos del acto demandado.

ANTECEDENTES

Actuando en nombre propio el ciudadano Luis A. Suárez demandó en ejercicio de la acción pública electoral la nulidad del acto que declaró elegido alcalde municipal de Puerto Triunfo, Antioquia, al señor Edison Javier Valencia Martínez. En la demanda se pidió la suspensión provisional del acto demandado.

Sostuvo el demandante que era nula la elección porque el elegido alcalde se encontraba inhabilitado a tenor de los artículos 5°, literal e) de la Ley 78 de 1986 y artículo 1° parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1987, toda vez que dentro de los tres meses anteriores a la elección se desempeñaba como empleado oficial.

Solicitó la suspensión provisional porque, a su juicio, de la confrontación directa del acto demandado con las normas legales citadas surge la infracción de las mismas. Con la demanda acompañó documentos públicos que demuestran la calidad de empleado público del elegido en los tres meses anteriores a su elección.

EL AUTO APELADO

El H. Tribunal Administrativo de Antioquia en el mismo auto admisorio de la demanda decretó la suspensión provisional "... del acta parcial de escrutinio de votos para alcalde municipal, de julio 28 de 1992, de la comisión escrutadora municipal de Puerto Triunfo, mediante la cual se declaró elegido como alcalde municipal al señor Edison Javier Valencia Martínez para el período 1992 a 1994".

Para adoptar la medida tuvo en cuenta el a-quo la documentación acompañada a la demanda, por demostrar esta la manifiesta infracción de las disposiciones legales invocadas como infringidas por el demandante.

EL RECURSO

Afirma el recurrente que las disposiciones legales invocadas por el demandante, leyes 78, artículo 5°, literal e) y 49, artículo 1°, parágrafo segundo, no son aplicables de acuerdo con la Carta Política actualmente vigente, la cual limita a tenor de los artículos 179 y 18 transitorio, de la misma carta, entre otras, la inhabilidad a quienes seis meses antes de la elección hubieren ejercido como empleados públicos jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, a nivel nacional o en el respectivo departamento. Que los principios de supremacía y equidad de la constitución consagrados en los artículos 4° y 230 impiden deducir a primera vista la ilegalidad del acto demandado, es decir la infracción manifiesta de las normas supuestamente infringidas invocadas por el demandante. Que, en consecuencia, debe revocarse el auto apelado.

Para resolver

SE CONSIDERA

De acuerdo con el artículo 152 del C.C.A. es posible suspender los actos administrativos cuando la acción es de nulidad; dispone el numeral 2 de dicho artículo, que "... basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

De esa preceptiva legal resulta que la infracción debe aparecer de manera manifiesta, prima faciae, sin necesidad de hacer elucubraciones o análisis lógico jurídicos. Debe surgir de la confrontación directa del acto demandado con la norma o normas superiores supuestamente infringidas o mediante documentos públicos, sin intermediación alguna de otras normas legales o constitucionales o de otra clase de pruebas.

En el sub-lite se pidió la suspensión provisional porque con la expedición del acto declaratorio de elección demandado se infringió normatividad de rango legal que consagra inhabilidades para ser elegido alcalde, concretamente los artículos 5°, literal e) y 1° parágrafo segundo, de las leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, respectivamente. Y para acreditar la calidad de empleado público de la persona declarada elegida alcalde y supuestamente inhabilitada para esa elección se acompañaron los siguientes documentos: certificación del jefe de la sección administrativa del departamento de personal del municipio de Medellín, fechada el 29 de agosto de 1992, en el sentido de que el señor Edison Javier Valencia Martínez "presta sus servicios a esta entidad desde el día 12 mes 08 año 91" en el cargo de "analista de impuestos" (fl. 9). Fotocopia del Decreto N° 419 de 1991 —junio 2—, por medio del cual se hizo el nombramiento, entre otros, del señor Edison Javier Valencia Martínez para el cargo de avaluador en el departamento de impuestos de la secretaría de Hacienda del municipio de Medellín, y fotocopia del acta de posesión del mencionado ciudadano en dicho cargo el 12 de agosto de 1991 (fls. 10, 11 y 12).

El a-quo encontró que había lugar a decretar la suspensión provisional porque la infracción de las normas aducidas como violadas era manifiesta.

Esta Sala encuentra que las disposiciones constitucionales citadas por el recurrente, artículos 179 y 18 transitorio, para indicar que las leyes 78 de 1986 y 49 de 1987 no están vigentes, se refieren a inhabilidades para ser elegido congresista y gobernador, respectivamente, por lo que el argumento no puede tenerse en cuenta. Y hasta tanto la ley a la que se refiere el artículo 293 de la misma Constitución determine las inhabilidades de los ciudadanos que aspiren a ser elegidos alcaldes por voto popular están vigentes las actuales sobre la materia.

De otra parte, está probado con la copia del acto declaratorio de elección, que el señor Edison Javier Valencia Martínez fue elegido alcalde del municipio de Puerto Triunfo, Antioquia, durante las elecciones realizadas el 26 de julio de 1992, convocadas por el gobernador del departamento de Antioquia a raíz del fallecimiento del alcalde elegido en los comicios realizados el 8 de marzo de 1992. También está probado que el elegido alcalde señor Valencia Martínez se desempeñó como empleado oficial dentro de los tres meses anteriores a la fecha de su elección.

Así las cosas, del contenido del acto administrativo demandado y de los documentos acompañados con la demanda y aducidos por el demandante en su petición de suspensión provisional, demuestran la infracción manifiesta de las leyes 78 de 1986, artículo 5°, literal e) y 49 de 1987, artículo 1°, parágrafo segundo, normatividad legal según la cual no podrá ser elegido ni designado alcalde quien "... dentro de los tres meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial...".

Por ello, deberá confirmarse el auto apelado.

Por lo expuesto, la sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE

1° Confírmase el auto proferido por el H. Tribunal Administrativo de Antioquia el 25 de agosto de 1992, en cuanto decretó la suspensión del acto declaratorio de elección del ciudadano Edison Javier Valencia Martínez como alcalde del municipio de Puerto Triunfo, Antioquia.

2° En firme esta providencia remítase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-facultades/**AUDITOR**

Las normas anteriores a la Constitución actualmente vigente no pueden considerarse derogadas de una manera absoluta, sino luego de un examen en el cual se analice en el caso concreto si las disposiciones anteriores a la Nueva Constitución pugnan de alguna manera con lo regulado en ésta. La facultad de organizar las respectivas contralorías por parte de las Asambleas Departamentales estaba prevista en la Constitución anterior en el artículo 187. La corporación, al respecto en reiterada jurisprudencia precisó que el artículo 187 de una parte, la obligación para las asambleas de elegir el contralor, y de otra, la facultad para que dichas corporaciones organizaran la Contraloría Departamental: cuando ejercían esta última atribución se podían reservar la posibilidad de elegir algunos funcionarios distintos, obviamente, al Contralor, siempre que el nombramiento no correspondiera según ordenamiento superior a otro nominador. Mientras las Asambleas desarrollan el precepto constitucional y para efectos de evitar vacíos en el aspecto de la vigilancia fiscal, es lógico que la misma se siga efectuando conforme a las disposiciones expedidas antes de entrar en vigencia la nueva Constitución en todo aquella que no se oponga a lo previsto en la nueva Carta. En el presente caso se observa que la elección demandada es la de Auditor Interno de la Contraloría, pero no se allegó oportunamente como las normas de alcance no nacional que permitieran establecer que la elección del funcionario en cuestión no estaba atribuida a la Asamblea y que, por lo mismo, permitiera deducir que la elección había sido realizada sin competencia por la corporación.

Consejera Ponente: *Dra. Miren de La Lombana de Magyaroff*

Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ref. Expediente No. 0786. ACTOR: *Carlos Alberto Hernández*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 13 de julio de 1992.

ANTECEDENTES

El doctor Carlos Alberto Hernández, obrando en propio nombre, en ejercicio de la acción pública de carácter electoral demandó la nulidad del acto de 30 de noviembre de 1991, mediante el cual la Asamblea Departamental de Boyacá eligió como auditor interno de la Contraloría General del departamento al doctor Mario Efrén Gody Rojas y que consta en el Acta No. 16 de la fecha indicada.

Los hechos que relata la parte actora, luego de manifestar que la situación política del departamento ha llevado a que se hagan concertaciones por fuera del recinto de la Asamblea, son, en síntesis, los siguientes:

El 27 de noviembre de 1991, la Asamblea determinó citar para la elección de contralor el 29 de noviembre; este último día decidió no elegir contralor pero sí auditor interno y se citó para tal efecto para el 30 de noviembre siguiente.

El 30 de noviembre de 1991, la Asamblea se reunió para clausurar las sesiones y elegir auditor interno contrariando el artículo 78 (sic) de la Ordenanza No. 55 de 1978 y por un período extralegal de un año a partir de la posesión.

El auditor interno debe tener un título universitario en Derecho, Economía, Administración Pública, Contaduría o haber servido a la Contraloría en cargos directivos o ejecutivos por un período no menor de cinco años y el elegido no reúne las calidades en mención.

El procedimiento para elegir el auditor interno es el de escoger de ternas enviadas por los tribunales administrativos y superior y en la elección acusada no se obedeció tal ordenamiento.

Como normas violadas invoca los artículos 274, 272 y 300 de la C. N., el artículo 68 de la Ordenanza No. 55 de 1979 (Reglamento interno de la Asamblea); el Código fiscal de Boyacá artículos 504 y 505.

Explica que el cargo de auditor interno es de carácter legal no reglamentario ni constitucional. El Congreso no ha expedido norma alguna sobre el particular por lo cual hay un vacío y, por lo mismo, no puede procederse a proveer tal cargo.

No se tuvo en cuenta que hasta ahora solo hay un proyecto de ley que propone que el auditor se escoja de ternas por un período de dos años y las condiciones para ser elegido.

El Tribunal Administrativo de Boyacá por sentencia de 13 de julio de 1992 declaró la nulidad de la elección por considerar demostrada la violación del reglamento interno de la Corporación, y la violación del régimen de calidades para desempeñar el cargo, calidades que no reúne el elegido.

El elegido se constituyó en impugnador para apelar la providencia anterior, y lo hace con base en los siguientes fundamentos:

El reglamento interno de la Asamblea no es una ordenanza por lo que no le son aplicables los principios que las rigen.

Es posible sesionar en cualquier día siempre que se cumplan las exigencias legales para efectuar la sesión.

El elegido sí tiene las calidades exigidas para el desempeño del cargo y las demostró acompañando el título universitario que no puede ser descalificado por el Tribunal sin elementos de juicio para hacerlo.

La Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso (E), solicita se confirme la providencia de primera instancia exponiendo las siguientes razones:

El artículo 274 de la C.N. deja a la Ley la reglamentación del ejercicio del control de la vigilancia fiscal departamental y municipal.

La asamblea no podía proceder sin una ley que desarrollara la disposición constitucional.

La ordenanza No. 55 de 1979 es muy clara en establecer en qué días se debía sesionar en plenaria y en cuáles se debía hacer en comisiones, y de autos se desprende que la elección tuvo lugar el día en que por reglamento debía reunirse en comisiones.

Así las cosas, concluye, la elección fue realizada en un día reglamentario.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a estudiar los cargos en el orden en el cual aparecen formulados en la demanda.

I.- Violación de los artículos 272, 274 y 300 de la C.N.

Ya la Sala en otras oportunidades ha expuesto la tesis consistente en que las normas anteriores a la Constitución actualmente vigente no pueden considerarse derogadas de una manera absoluta, sino luego de un examen en el cual se analice en el caso concreto si las disposiciones anteriores a la nueva Constitución pugnan de alguna manera con lo regulado en esta.

Precisado lo anterior procede la Sala a estudiar el caso concreto:

La facultad de organizar las respectivas contralorías por parte de las Asambleas Departamentales estaba prevista en la Constitución anterior en el artículo 137.

En ocasiones se demandó la elección de funcionarios distintos del Contralor Departamental argumentando que la disposición constitucional (Art. 187) sólo autorizaba a las Asambleas para elegir Contralor y no otros funcionarios.

La Corporación, al respecto en reiterada jurisprudencia precisó que la norma establecía de una parte, la obligación para las asambleas de elegir el contralor y, de otra,

la facultad para que dichas corporaciones organizaran la contraloría departamental: cuando ejercían esta última atribución se podían reservar la posibilidad de elegir algunos funcionarios distintos, obviamente, al Contralor, siempre que el nombramiento no correspondiera según ordenamiento superior a otro nominador.

En tales condiciones la nulidad de la elección de funcionarios distintos al Contralor Departamental sólo era declarada por el aspecto de falta de competencia de que aquí se trata, cuando aparecía demostrado que la Asamblea al organizar la respectiva contraloría no se había reservado la elección del funcionario en cuestión.

En la Constitución actualmente vigente se establecen las mismas facultades tanto de elegir contralor departamental como de organizar las respectivas contralorías (Art. 272).

Ahora bien, mientras las asambleas desarrollan el precepto constitucional y para efectos de evitar vacíos en el aspecto de la vigilancia fiscal, es lógico que la misma se siga efectuando conforme a las disposiciones expedidas antes de entrar en vigencia la nueva Constitución en todo aquello que no se oponga a lo previsto en la nueva Carta.

Ahora bien, en el presente caso se observa que la elección demandada es la de auditor interno de la Contraloría; pero no se allegó oportunamente como prueba las normas de alcance no nacional que permitieran establecer que la elección del funcionario en cuestión no estaba atribuida a la asamblea y que, por lo mismo, permitiera deducir que la elección había sido realizada sin competencia por la corporación.

Ante la deficiencia anotada la Sala debe concluir que no aparece demostrada la violación alegada.

El artículo 274 de la actual Constitución establece que la vigilancia de la gestión fiscal se ejercerá por un auditor elegido en la forma prevista en la misma norma y que el ejercicio de esa misma vigilancia a nivel departamental se hará de la manera que determine la ley.

La norma mencionada no tiene antecedente en la Constitución anterior.

En principio, para la Sala no resulta claro que el cargo que se proveyó por la elección impugnada fuera el equivalente para el nivel departamental al de auditor de la Contraloría General de la República, de que trata el primer inciso de la disposición.

Y no resulta claro por cuanto la ley que desarrolle la disposición constitucional en estudio aun no se ha expedido y, por lo mismo, aún no se sabe cómo se va a ejercer la vigilancia correspondiente a nivel departamental.

Ahora bien, de los documentos aportados como prueba no se puede deducir que el funcionario elegido lo fuera en desarrollo de la disposición constitucional aún no desarrollada, ni se acompañó al proceso el estatuto mediante el cual la Asamblea había organizado la Contraloría Departamental, para establecer cuáles eran las funciones del auditor interno en dicho estatuto y verificar si las mismas correspondían a las que la nueva Constitución defiere a la ley que aún no se ha expedido.

En este orden de ideas la Sala debe desestimar el cargo de violación propuesto por no aparecer demostrado.

El artículo 300 de la Constitución actualmente vigente establece qué aspectos corresponde regular a las Asambleas Departamentales mediante ordenanzas.

En cuanto a su invocación como infringido la Sala debe agregar a los argumentos dados en los puntos anteriores, el hecho de que los nombramientos o elecciones que deban realizar las asambleas departamentos no se hacen por medio de ordenanzas por lo que por este aspecto no es aplicable la disposición al caso en estudio.

No prospera el cargo.

II.- Violación de la ordenanza No. 55 de 1979, en especial el artículo 68 en el cual la asamblea dispone que las sesiones ordinarias se realicen los días comprendidos entre el martes y el viernes mientras que los lunes y los sábados el trabajo se hará en comisiones.

Concluye diciendo que si el artículo en mención determina los días para realizar las sesiones ordinarias, serán ilegales las efectuadas en los días no contemplados en el mencionado reglamento.

El reglamento al organizar el trabajo de la asamblea precisa, efectivamente, en el artículo 68 que la Corporación se reunirá a sesionar de martes a viernes y trabajará en comisiones los lunes y los sábados. Pero la misma disposición establece la posibilidad de que la Corporación en mención trabaje en días festivos siempre que se cumplan los requisitos allí previstos.

Considera la Sala, para los solos efectos del caso en estudio que la nulidad, por este aspecto no puede prosperar por las siguientes razones:

1.- La disposición que señala la forma de realizarse el trabajo no le da consecuencias de nulidad a la sesión realizada el día en que debe trabajarse en comisiones. Es más, el mismo reglamento establece la posibilidad de trabajar en días de vacancia dentro del período de sesiones siempre que se llenen las condiciones previstas en el mismo estatuto.

2.- El día sábado 30 de noviembre, o sea dentro del período ordinario de sesiones, la corporación se reunió en sesión plenaria no sólo para realizar la elección cuestionada sino para estudiar proyectos de ordenanzas y clausurar las sesiones.

3.- La elección se realizó previa aprobación por unanimidad de la inclusión de dicho punto en el orden del día.

No hay pues razón alguna para pensar que la sesión del sábado 30 de noviembre se realizó en forma sorpresiva o que tal circunstancia se dio respecto de la elección en la cual participaron 19 diputados, 16 de los cuales votaron en favor del único candidato postulado y 3 lo hicieron en blanco, declarando la Asamblea elegido al favorecido con el voto de la mayoría mencionada.

En tales condiciones debe concluirse que la elección se efectuó en forma válida y, por lo mismo, el cargo debe recibir despacho desfavorable.

la facultad para que dichas corporaciones organizaran la contraloría departamental: cuando ejercían esta última atribución se podían reservar la posibilidad de elegir algunos funcionarios distintos, obviamente, al Contralor, siempre que el nombramiento no correspondiera según ordenamiento superior a otro nominador.

En tales condiciones la nulidad de la elección de funcionarios distintos al Contralor Departamental sólo era declarada por el aspecto de falta de competencia de que aquí se trata, cuando aparecía demostrado que la Asamblea al organizar la respectiva contraloría no se había reservado la elección del funcionario en cuestión.

En la Constitución actualmente vigente se establecen las mismas facultades tanto de elegir contralor departamental como de organizar las respectivas contralorías (Art. 272).

Ahora bien, mientras las asambleas desarrollan el precepto constitucional y para efectos de evitar vacíos en el aspecto de la vigilancia fiscal, es lógico que la misma se siga efectuando conforme a las disposiciones expedidas antes de entrar en vigencia la nueva Constitución en todo aquello que no se oponga a lo previsto en la nueva Carta.

Ahora bien, en el presente caso se observa que la elección demandada es la de auditor interno de la Contraloría; pero no se allegó oportunamente como prueba las normas de alcance no nacional que permitieran establecer que la elección del funcionario en cuestión no estaba atribuida a la asamblea y que, por lo mismo, permitiera deducir que la elección había sido realizada sin competencia por la corporación.

Ante la deficiencia anotada la Sala debe concluir que no aparece demostrada la violación alegada.

El artículo 274 de la actual Constitución establece que la vigilancia de la gestión fiscal se ejercerá por un auditor elegido en la forma prevista en la misma norma y que el ejercicio de esa misma vigilancia a nivel departamental se hará de la manera que determine la ley.

La norma mencionada no tiene antecedente en la Constitución anterior.

En principio, para la Sala no resulta claro que el cargo que se proveyó por la elección impugnada fuera el equivalente para el nivel departamental al de auditor de la Contraloría General de la República, de que trata el primer inciso de la disposición.

Y no resulta claro por cuanto la ley que desarrolle la disposición constitucional en estudio aun no se ha expedido y, por lo mismo, aún no se sabe cómo se va a ejercer la vigilancia correspondiente a nivel departamental.

Ahora bien, de los documentos aportados como prueba no se puede deducir que el funcionario elegido lo fuera en desarrollo de la disposición constitucional aún no desarrollada, ni se acompañó al proceso el estatuto mediante el cual la Asamblea había organizado la Contraloría Departamental, para establecer cuáles eran las funciones del auditor interno en dicho estatuto y verificar si las mismas correspondían a las que la nueva Constitución defiere a la ley que aún no se ha expedido.

En este orden de ideas la Sala debe desestimar el cargo de violación propuesto por no aparecer demostrado.

El artículo 300 de la Constitución actualmente vigente establece qué aspectos corresponde regular a las Asambleas Departamentales mediante ordenanzas.

En cuanto a su invocación como infringido la Sala debe agregar a los argumentos dados en los puntos anteriores, el hecho de que los nombramientos o elecciones que deban realizar las asambleas departamentos no se hacen por medio de ordenanzas por lo que por este aspecto no es aplicable la disposición al caso en estudio.

No prospera el cargo.

II.- Violación de la ordenanza No. 55 de 1979, en especial el artículo 68 en el cual la asamblea dispone que las sesiones ordinarias se realicen los días comprendidos entre el martes y el viernes mientras que los lunes y los sábados el trabajo se hará en comisiones.

Concluye diciendo que si el artículo en mención determina los días para realizar las sesiones ordinarias, serán ilegales las efectuadas en los días no contemplados en el mencionado reglamento.

El reglamento al organizar el trabajo de la asamblea precisa, efectivamente, en el artículo 68 que la Corporación se reunirá a sesionar de martes a viernes y trabajará en comisiones los lunes y los sábados. Pero la misma disposición establece la posibilidad de que la Corporación en mención trabaje en días festivos siempre que se cumplan los requisitos allí previstos.

Considera la Sala, para los solos efectos del caso en estudio que la nulidad, por este aspecto no puede prosperar por las siguientes razones:

1.- La disposición que señala la forma de realizarse el trabajo no le da consecuencias de nulidad a la sesión realizada el día en que debe trabajarse en comisiones. Es más, el mismo reglamento establece la posibilidad de trabajar en días de vacancia dentro del período de sesiones siempre que se llenen las condiciones previstas en el mismo estatuto.

2.- El día sábado 30 de noviembre, o sea dentro del período ordinario de sesiones, la corporación se reunió en sesión plenaria no sólo para realizar la elección cuestionada sino para estudiar proyectos de ordenanzas y clausurar las sesiones.

3.- La elección se realizó previa aprobación por unanimidad de la inclusión de dicho punto en el orden del día.

No hay pues razón alguna para pensar que la sesión del sábado 30 de noviembre se realizó en forma sorpresiva o que tal circunstancia se dio respecto de la elección en la cual participaron 19 diputados, 16 de los cuales votaron en favor del único candidato postulado y 3 lo hicieron en blanco, declarando la Asamblea elegido al favorecido con el voto de la mayoría mencionada.

En tales condiciones debe concluirse que la elección se efectuó en forma válida y, por lo mismo, el cargo debe recibir despacho desfavorable.

III.- Violación de los artículos 504 y 505 del Código Fiscal de Boyacá por considerar, la demanda, que si las citadas eran las disposiciones que se querían aplicar al elegir el auditor interno resultaron infringidas: la primera porque contempla que el período del funcionario es de dos años y no de uno como se señaló en el Acta, y el segundo porque establece unos requisitos para el desempeño del cargo que no cumple el elegido.

Al respecto la sala debe repetir lo dicho al analizar los cargos anteriores: la parte actora no acompañó como prueba las normas jurídicas de alcance no nacional en la forma prevista por el artículo 141 del C.C.A. ni solicitó se obtuviera la copia correspondiente dentro de la oportunidad legal. En consecuencia el cargo debe despacharse desfavorablemente por cuanto no hay elementos de juicio que permitan realizar un mayor estudio sobre el particular.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. Revocar la sentencia de 13 de julio de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, objeto del presente recurso.

2o. Denegar las súplicas al demandante.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de 19 de noviembre de 1992.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONCEJAL-Inhabilidades/**DIPUTADO**

Los documentos allegados al expediente demuestran la doble y coincidente condición de diputado y concejal en cabeza del demandado cuando éste salió electo en las elecciones del 8 de marzo de 1992, gozan de la presunción de legalidad no desvirtuada mediante la tacha de falsedad. El demandado, no renunció al cargo de concejal que le otorgó el pueblo de Floridablanca, violando claramente el artículo 179 numeral 8o. de la Constitución Nacional, norma que, como acertadamente lo dice el Tribunal, se aplica a todas las personas ya que no hace distinciones en este sentido y el estar incluida en el capítulo 6o. que regula las inhabilidades de los congresistas se deba más a un error de ubicación que de limitaciones en su aplicación.

LISTA DE CANDIDATOS - Naturaleza Jurídica/**ACTO ADMINISTRATIVO**

Las listas de candidatos a corporaciones públicas de elección popular, por no ser actos administrativos, puesto que en su elaboración no intervienen la voluntad administrativa, que es una de las principales características, no son demandables ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo, es decir, no son anulables. Como en el caso en estudio la causal de anulación se origina en la inhabilidad en que incurrió el demandado, tal comportamiento inherente a su persona y predicable solamente de él, mal podría afectar a los demás integrantes de la lista. En materia de inhabilidades según la normatividad legal, solamente l persona en quien exista el impedimento debe sufrir las consecuencias derivadas del mismo, como la nulidad de la elección, sin que afecte a los demás miembros de la lista.

NULIDAD ELECTORAL - EFECTOS/NULIDAD

El artículo 223 numeral 5o. del C.C.A., no establece la nulidad de los votos computados a favor de candidatos inelegibles se trata de una de las causales taxativas de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación de toda corporación electoral, cuando dichos candidatos no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser electos. Para hablar de votos nulos es necesario que así hayan sido calificados en la vía administrativa, cuando se dan las circunstancias previstas en el título VII, Capítulo I del C.E., el hecho de que se decrete por la jurisdicción contencioso administrativa, la nulidad de un acto eleccionario, no lleva implícita la nulidad de la votación sobre cuya base se hizo la elección, la que al no sufrir modificación aprovecha el segundo renglón de la lista quien debe ser llamado a ocupar el cargo.

Consejero ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. 0815. Electoral Segunda Instancia. Actor: *Walter Alvaro Torres Rodríguez*

En virtud de la apelación formulada por las partes, entra la Sala a revisar la sentencia proferida el 19 de agosto de 1992 en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

I. La acción y sus fundamentos

El profesional del derecho Walter Alvaro Torres Rodríguez, obrando en su propio nombre formuló ante el H. Tribunal Administrativo de Santander, las siguientes peticiones:

"1. Se declare la nulidad del acta de escrutinios realizados para el concejo de Floridablanca por la comisión escrutadora municipal que declaró elegidos a los concejales para el municipio de Floridablanca, Santander, Colombia, en las elecciones realizadas el pasado 8 de marzo del año en curso.

2. Que como es obvio, se declare la nulidad de la lista número uno (1) que para el concejo de Floridablanca encabezó el señor Juan de Jesús Manrique Cuevas, por su múltiples inscripción y su no renuncia a las curules que actualmente ocupa, pues tal inscripción hizo que se viciara de nulidad el proceso electoral, ya que se presentó la causal quinta (5) del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo.

3. Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene hacer la proclamación de los nuevos concejales para el municipio de Floridablanca, San-

tander, Colombia, que no estén inhabilitados según el orden de votación que obtuvieron".

Basa sus pretensiones el actor en los hechos que la Sala sintetiza así:

El señor Juan de Jesús Manrique Cuevas, para la fecha de presentación de la demanda, tenía la calidad de diputado en el departamento de Santander.

En las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992 Manrique Cuevas buscando una doble elección encabezó una lista para el Consejo Floridablanca e igualmente, figuró en segundo renglón de la lista que encabezó para Asamblea de Santander, el ciudadano Jairo Alfonso Mantilla Serrano y tanto aquél como éste salieron elegidos como cabeza de sus respectivas listas.

Al salir elegido el señor Jairo Alfonso Mantilla Serrano, también lo fue, al menos eventualmente su segundo renglón, porque, se pregunta el actor, "qué pasaría en caso de una falta absoluta del señor Mantilla Serrano?"

Finalmente aduce, que para las elecciones realizadas el 27 de octubre de 1991 y 8 de marzo de 1992 la prohibición ya existía, "y es por ello que los dirigentes políticos de todo el país, renunciaron a sus curules para poder aspirar a nuevos escaños en las corporaciones públicas...".

II. Normas violadas y concepto de violación

Estima violadas las siguientes disposiciones:

Artículo 179 numeral 8 de la C.N., norma dictada por el constituyente para impedir que una persona pudiera aspirar a más de una corporación de elección popular, es decir, evitar la doble elección para "acabar con la corrupción política que tenía sumido al país en un completo caos y en la más grande descomposición social. El constituyente primario quiso que la democracia fuese más participativa, más participante, que se le diera más oportunidad a los ciudadanos nuevos para que llegaran a una corporación, buscando tal vez el cambio en el manejo del estado..."

Artículo 263 numeral 5 de la Carta, porque con su actitud el señor Manrique Cuevas engañó al Consejo Nacional Electoral, "logrando que se violara una de las funciones más importantes que debe cumplir el citado ente electoral".

Artículo 1 de la C.N. en razón de que el mismo ciudadano con su doble inscripción "antepuso su propio interés al de todo un pueblo", siendo que el interés general tiene prevalencia sobre el particular.

Artículo 4 que señala a la Constitución como norma de normas aplicable en todo caso de incompatibilidad con la ley u otra norma jurídica, debiendo ser acatada por nacionales y extranjeros, deber que incumplió el prenombrado Manrique Cuevas al contrariar las disposiciones que se invocan como transgredidas.

Artículo 8 del C.E., que prohíbe expresamente la doble aspiración para salir electo a diferentes corporaciones e igualmente, el artículo 2 del mismo estatu-

to, que "da pautas a seguir para garantizar el derecho al sufragio y la imparcialidad política que debe reinar en toda democracia".

Artículo 223, numeral 5 del C.C.A., que consagra como causal de nulidad el hecho de computar votos a favor de candidatos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser electos, como ocurre con la elección del señor Juan de Jesús Manrique Cuevas como concejal de Floridablanca, porque su "lista" quebrantó los artículos anteriormente citados "pero especialmente el 179 numeral 8 de la Constitución Nacional y el 8 del Código Electoral Vigente" ya que son coincidentes los períodos de las corporaciones a las que pertenece".

III. Contestación de la demanda

Por medio de apoderado, el señor Juan de Jesús Manrique Cuevas en escrito visible a folio 33 se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando no ser cierto que para el momento de su elección como concejal de Floridablanca, ostentara la investidura de diputado a la Asamblea de Santander, ya que por expreso mandato del artículo 261 de la Constitución Nacional, "ningún cargo de elección popular en corporaciones públicas tendrá suplente ... las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesivo y descendente. Considera que la nueva Constitución a partir de su vigencia, de pleno derecho acabó con dichos cargos, y ante su inexistencia por sustracción de materia no era necesario renunciar a la curul.

IV. La sentencia recurrida

Declara la nulidad parcial del acta de escrutinio de votos para concejo municipal de Floridablanca, en cuanto elige al señor Juan de Jesús Manrique Cuevas, como concejal de este municipio para el período 1992-1994, negando las restantes peticiones de la demanda.

Para su decisión, el a-quo hace detallada relación de los documentos que conforman el acervo probatorio, sobre cuya base da por establecido el hecho de que el señor Juan de Jesús Manrique Cuevas sí resultó elegido concejal del municipio de Floridablanca, Santander, para el período constitucional 1992-1994; igualmente, que el mismo ciudadano siendo concejal electo, venía desempeñando el cargo de diputado a la asamblea del mencionado departamento desde 1990-1992, "habiendo sido designado segundo vicepresidente hasta septiembre del mismo año".

Teniendo por probada la doble condición de concejal y diputado ejercida por Manrique Cuevas, es decir, el supuesto fáctico alegado por el actor, el Tribunal de instancia analiza esas circunstancias frente al artículo 179 numeral 8 de la Constitución Nacional norma que se considera transgredida y se refiere de manera general sin especificaciones de ninguna clase a que, "nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden, así sea parcialmente", concluyendo con apoyo en el concepto

emitido el 23-01-92 por la Sala de Consulta y Servicio Civil, que el señor Juan de Jesús Manrique Cuevas se encontraba inhabilitado para ser elegido concejal del municipio de Floridablanca, en los comicios de 1992.

Y respecto al planteamiento que éste hace por medio de apoderado, pretendiendo desvirtuar los fundamentos de la demanda, el a-quo acogiendo igualmente concepto de la prenombrada sala de fecha 13-09-91 lo considera inaplicable al caso en examen porque el artículo 261 de la nueva constitución, "no dispone que los concejales y diputados elegidos en calidad de suplentes el once (11) de marzo de 1990 perdieron su investidura, ni ello se deduce de su contexto, puesto que esa disposición solamente rige para el futuro y el período para el cual fueron elegidos no ha vencido..."

V. El recurso de apelación

La sentencia que es objeto de revisión, produjo inconformidad no solo en quien salió directamente afectado con la nulidad declarada sino también en la parte que la solicitó, puesto que ambas apelaron el fallo que dio término a la primera instancia (fls. 110 y s.s.).

La parte demandada disiente de la decisión, solicitando a través de su apoderado, se revoque su numeral primero y se confirme el segundo porque según estima, los períodos de diputado y concejal del señor Manrique Cuevas, no coinciden como lo dice el fallo. Considera que el artículo 261 de la Constitución Nacional es claro y no admite interpretaciones al disponer que, "ningún cargo de elección popular, en corporaciones públicas tendrá suplente" y al empezar a regir esta norma el 7 de julio de 1991, día en que se promulgó la nueva constitución, en esa fecha, dejaron de existir los suplentes sin que sea viable legalmente, extender la vigencia del artículo 185 del anterior ordenamiento constitucional que trataba la materia, porque fue derogado por el artículo 380 de la nueva carta. El período de los concejales se inició el 7 de agosto de 1992, es decir 370 días después de haber perdido su condición de diputado suplente conforme al artículo 261 antecitado, razones por las que concluye no estar incurso en la inhabilidad planteada en la demanda.

El otro extremo de la litis, es decir la parte actora no está de acuerdo en que el Tribunal Administrativo de Santander solo le haya resuelto favorablemente una de las tres pretensiones negándole las otras dos, siendo este el motivo por el cual recurre a esta instancia para que sea modificada esa decisión.

Alega el actor que "en la sentencia recurrida, se cometió errónea valoración de las normas jurídicas y principios de derecho pertinentes, se interpretaron de manera equivocada las dos pretensiones de la demanda objeto de la presente súplica y además, se guardó silencio sobre aspectos importantísimos de la controversia y consecuencialmente, quedaron cuestiones pendientes de resolver".

Señala que la segunda pretensión busca la declaratoria de nulidad de la lista número uno que encabezó el señor Juan de Jesús Manrique Cuevas", conforme a lo dispuesto por el artículo 223 numeral 5 del C.C.A., pues, "es bien sabido que al inscribirse una lista, debe hacerse bajo la gravedad del juramento la afirmación de que

se cumplen los requisitos para ser elegido y de no encontrarse dentro del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Constitución y la ley". En el presente caso los demás miembros de la antecitada lista, tenían conocimiento del impedimento del señor Manrique Cuevas y lo aceptaron, razón por la que también quedaron incursos en la causal consagrada en la mencionada disposición, porque los votos consignados en favor de aquél, por ser nulos, no les servían a los demás aspirantes de la misma lista, debiéndose entonces, declarar nula en su integridad y no solo respecto a un candidato.

Aduce, que la resolutiva del fallo en cuanto declara la nulidad del acta parcial de escrutinios, no es consecuente con las otras dos peticiones, porque en los considerandos fueron aceptadas las razones del concepto de violación. "Si bien es cierto se aceptó la nulidad, ha debido necesariamente el a-quo, al decretar la nulidad del acto administrativo, aceptar las demás súplicas, en aras de la consonancia del fallo en su integridad".

Finalmente agrega, que la tercera petición "es consecuencial con las dos primeras, vale decir, debe hacerse la proclamación de los nuevos concejales según el orden de votación en que quedaron, excluyéndose por ende de dicha situación la lista número uno..."

En alegato de conclusión (fl. 129), el actor reitera los planteamientos de la demanda y posterior escrito, recalcando la falta de pronunciamiento claro por parte del Tribunal, sobre las dos pretensiones a que antes se hizo referencia, pues solo se limita a decir que "las listas no son anulables, sin esbozar un argumento jurídico que justificara su pronunciamiento y sin tener en cuenta los planteamientos tan profundos hechos durante el presente litigio..."

VI. Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, solicita se confirme la sentencia recurrida "por encontrarse ajustada a derecho".

Partiendo de la prueba documental idónea allegada (fls. 5, 6 y 7), da por establecido en el proceso que el señor Juan de Jesús Manrique Cuevas fue declarado electo concejal del municipio de Floridablanca, para el período 1992-1994.

Igualmente, que el mismo ciudadano para el 8 de marzo de 1992, fecha en que aspiró y fue elegido concejal, ostentaba la investidura de diputado por el departamento de Santander, como suplente del principal Rafael Francisco Sánchez Reyes, cargo en el cual actuaba desde el 31 de enero de 1991 por vacante transitoria del principal, siendo segundo vicepresidente de la Duma desde el 29 de noviembre del mismo año.

Concluye la colaboradora fiscal que para las elecciones del 8 de marzo de este año, el señor Manrique Cuevas tenía que haber renunciado del cargo de diputado para poder ser candidato al Concejo.

Rituada la segunda instancia en legal forma y no observando en lo actuado invalidez, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Siguiendo el orden en que fue propuesto, entra la Sala a examinar, en primer lugar, el recurso de apelación que la parte demandada interpuso a través de su apoderado, contra la sentencia del 19 de agosto de 1992, por la cual, el H. Tribunal Administrativo de Santander, declaró "la nulidad del Acta parcial de escrutinios de votos para concejo municipal de Floridablanca en cuanto declara la elección del señor Juan de Jesús Manrique Cuevas".

La pretensión resuelta favorablemente, tiene como antecedente y así lo contempla la demanda, el hecho de que el señor Juan de Jesús Manrique Cuevas ostentando la calidad de diputado suplente de la Asamblea del departamento de Santander, se inscribió como candidato al concejo del municipio de Floridablanca en los comicios realizados el 8 de marzo de 1992, resultando elegido, siendo que, conforme al artículo 179 numeral 8 de la Constitución Nacional, estaba inhabilitado para ser elegido por más de una corporación ya que parcialmente los períodos coincidían en el tiempo.

El supuesto fáctico alegado por el actor, encontró pleno respaldo en la prueba documental idónea allegada al proceso, pues de su examen el *a-quo* lo encontró plenamente demostrado, llegando sin dubitación alguna a la conclusión de que el acto acusado, era violatorio de la antecitada norma, declarando su nulidad en cuanto a la elección del concejal Manrique Cuevas.

En efecto, obra en el plenario certificación expedida por el secretario general de la Asamblea de Santander (fl. 13), con fecha 27 de marzo de 1992, según la cual, para esa fecha el señor Juan de Jesús Manrique Cuevas, era diputado en ejercicio y segundo vicepresidente de la Duma de Santander.

Igualmente, obra en el expediente a folios 4 y s.s. copia auténtica del acta parcial del escrutinio de votos (formulario E-28), en la que aparece electo concejal de Floridablanca para el período de 1992-1994, el mismo señor Manrique Cuevas, quien según certificación del secretario del concejo del mencionado municipio visto a folio 12, para el 1 de abril de 1992, era concejal principal habiendo desempeñado sus funciones durante las sesiones legales.

La sala considera que los documentos anteriores son suficientes para demostrar la doble y coincidente condición de diputado y concejal en cabeza del señor Manrique Cuevas, cuando este salió electo en las elecciones del 8 de marzo de 1992, pues no sólo gozan de la presunción de legalidad no desvirtuada mediante la tacha de falsedad, sino que los hechos a que se refieren los corrobora el demandado en los diferentes escritos que por su cuenta obran en el proceso; especialmente los que refiere en el escrito de contestación a la demanda (fl. 34 y s.s.), que se presume como confesión judicial por apoderado según el artículo 197 del C. de P. C., puesto que este textualmente expresa: "En efecto, el señor Rafael Sánchez fue elegido comó diputado a la Asamblea de Santander para el período 1990-1992 en las elecciones realizadas el día 19 de mayo de 1990, siendo su suplente el señor Juan de Jesús Manrique..."

Es decir, el apoderado acepta que su mandante si era diputado a la asamblea de Santander en el período que culminaba en 1992, pero alega que de acuerdo al artículo 261 de la nueva Constitución que empezó a regir el 7 de julio de 1991, los cargos de

suplentes quedaron eliminados, por tanto no podían coincidir los períodos porque el de concejal se inició el 7 de agosto de 1992, o sea mucho tiempo después de haber perdido su condición jurídica de diputado.

Los planteamientos que hace el demandado para sustentar el recurso, giran alrededor de la aplicación inmediata del artículo 361 de la Constitución Nacional en el caso de los suplentes, pretendiendo demostrar que su poderdante en virtud de ésta disposición, no era diputado el 8 de marzo de 1992. Pero de acuerdo al concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil que cita el a-quo a folios 106 de su providencia, el cual no comparte el recurrente pero sí esta sección, dicha norma es aplicable a los concejales y diputados suplentes elegidos el 11 de marzo de 1990, quienes como tales podían terminar su período en 1992. Así lo hizo el señor Manrique Cuevas, que no renunció al cargo de diputado y lo ejerció en coincidencia, así fuera de manera parcial, con el de concejal que le otorgó el pueblo de Floridablanca el 8 de marzo de 1992, violando claramente el artículo 179 numeral 8 de la Constitución Nacional, norma, que como acertadamente lo dice el Tribunal, se aplica a todas las personas ya que no hace distinciones en este sentido y el estar incluida en el capítulo 6 que regula las inhabilidades en su aplicación.

Respecto a la anulación que formula el demandante, encuentra la sala que la inconformidad de esta parte procesal con el fallo, radica fundamentalmente en que, al declarar la nulidad parcial del acto de elección impugnado, denegó las dos restantes pretensiones de la demanda, que se refieren en su orden a la nulidad de la lista número uno (1) que para el concejo de Floridablanca encabezó Juan de Jesús Manrique Cuevas y la proclamación de los nuevos concejales, cuando necesariamente la decisión tenía que ser integral, es decir, que al decretarse la nulidad parcial del acto, necesariamente tenían que ser acogidas las demás pretensiones, "en aras de la consonancia del fallo" puesto que en la parte motiva "fueron aceptadas plenamente las razones expuestas de la violación".

Este planteamiento a todas luces condicionante del fallo, parte de dos falsos supuestos: a) el conocimiento que según el actor, tenían los demás miembros de la lista No. 1 de que quien la encabezaba estaba inhabilitado para aspirar y ser elegido concejal de Floridablanca, y b) que conforme al artículo 223 numeral 5 del C.C. A., los votos computados a favor de este candidato "por ser nulos" tampoco le servían a los siguientes miembros de la lista.

En lo que atañe al primer supuesto sobre el que recae toda la argumentación, y se deriva la injusta crítica que hace el actor en su extenso memorial al proveído que se revise, advierte la Sala, que las listas de candidatos a corporaciones públicas de elección popular, por no ser actos administrativos, puesto que en su elaboración no interviene la voluntad administrativa, puesto que en sus principales características, no son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, no son anulables" como bien lo precisa el a-quo al expresar los fundamentos de la decisión recurrida, en los que además advierte que ésta, "se profiere es sobre la legalidad del acto administrativo de elección. Y como en el caso de estudio la causal de anulación se origina en la inhabilidad en que incurrió personalmente el señor Juan de Jesús Man-

rique Cuevas, tal comportamiento inherente a su persona y predicable solamente de él, mal podría afectar a los demás integrantes de la lista".

Estos razonamientos del *a-quo* aunque breves encierran una amplia concepción de principios fundamentales del derecho desarrollados en diferentes preceptos legales, por ejemplo, en materia de inhabilidades el artículo 1 numeral 4 del Código Electoral prescribe que, "todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que limite su derecho. En consecuencia, las causales de inhabilidad son de interpretación restringida", es decir, solamente la persona en quien exista el impedimento debe sufrir las consecuencias derivadas del mismo, como la nulidad de la elección, sin que afecte, como en el sublite a los demás miembros de la lista.

En cuanto a la individualización del acto acusado el artículo 229 del C.C.A., establece:

> Para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a éstos.

Siendo tan concretos los hechos alegados y tan clara y convincente su prueba, el a-quo, obrando más con criterio jurídico, que con argumentos especulativos confrontó el acto acusado frente a la norma que consideró infringida, esto es el artículo 179 numeral 8 de la C. N., y sin ahondar en análisis innecesarios del acto demandado, que es el de elección y denegó la nulidad solicitada con relación a la lista de candidatos.

En lo atinente al segundo puesto, para la Sala es claro, que el artículo 223 numeral 5 del C.C.A., del cual señala el actor fue ignorado completamente por el tribunal, no establece la nulidad de los votos computados a favor de candidatos inelegibles, se trata de una de las causales taxativas de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación de toda corporación electoral, cuando dichos candidatos no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser electos. Para hablar de votos nulos es necesario que así hayan sido calificados en la vía administrativa, cuando se dan las circunstancias previstas en el título VII, capítulo I del Código Electoral; el hecho de que se decrete por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la nulidad de un acto eleccionario, no lleva implícita la nulidad de la votación sobre cuya base se hizo la elección, la que al no sufrir modificación aprovecha el segundo renglón de la lista quien debe ser llamado a ocupar el cargo.

No son pues válidas desde el punto de vista jurídico, para este caso concreto, las consideraciones que apuntan de uno a otro extremo de la litis, a la revocatoria o modificación de la sentencia apelada. El actor, a pesar de serle favorable la decisión, protesta sin razón porque el Tribunal no le analizó todos sus planteamientos, aspecto innecesario como se expresó atrás dada la claridad de los hechos alegados y los elementos de juicio allegados para probarlos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

Confírmese la sentencia fechada el 19 de agosto de 1992, mediante la cual el H. Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad parcial del acto de elección demandado y que fue apelado por ambas partes del proceso.

En firme esta providencia vuelva a su despacho de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez,* Ausente; *Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NORMA PROCESAL-Aplicación/DESCONGESTION DE LOS DESPACHOS JUDICIALES/PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO/PRINCIPIO DE IGUALDAD

Entendió la Sala que el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991 que tiene rango de Ley por haber sido expedida con base en las facultades extraordinarias conferidas en el artículo transitorio 5 de la Constitución Política vigente, debe ser aplicado porque el Decreto en mención se refiere de manera general al trámite de los procesos de competencia de la rama judicial, incluídos los asignados a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Y si por inadvertencia o por error no se aplicó con anterioridad la ley vigente, no por ello los funcionarios estan obligados a dejar de aplicarla en lo fúturo cuando a ello hubiere lugar, que es precisamente lo sucedido en el caso del auto objeto del recurso de reposición.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penén Deltieure*

Ref. Expediente No. 0825. Actor: *Luis Angel Martínez Sendoya*

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por el tercer interviniente Luis Norberto Aldana contra el auto proferido el 26 de octubre próximo pasado, por medio del cual fue confirmado el auto pronunciado por el Tribunal Administrativo del Tolima el 27 de abril de 1992 "... en cuanto en él se decretó la suspensión provisional de los actos electorales impugnados en este proceso".

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

En la providencia recurrida, que decidió el recurso de apelación propuesto contra el auto que decretó la suspensión provisinal de los efectos de los actos demandados, que contienen la declaratoria de elección del señor Joaquín Rondón Martínez como alcalde municipal de Ambalema, con base en lo dispuesto en el Artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, la Sala aceptó como documentos idóneos para demostrar la violación, en principio, de los artículos 5°, literal c) de la Ley 78 de 1986 y 6°, literal a) de la Ley 49 de 1987, fotocopias —reproducción mecánica— de decisiones proferidas por el Juzgado 14 de Instrucción Criminal sin que su expedición hubiera sido autorizada por el juez, es decir, de documentos que a tenor del artículo 254 del C. de P.C. carecerían de valor probatorio.

EL RECURSO

El recurrente sostiene que al haber aceptado la Sala las fotocopias provenientes del Juzgado 14 de Instrucción Criminal contrarió su propia jurisprudencia contenida en auto proferido el 13 de julio del año en curso, expediente 740, en el sentido de no aceptar documentos de tal naturaleza como idóneos para efectos de decretar la suspensión provisional de actos administrativos electorales. A juicio del recurrente, el hecho de que ".. frente a dos casos similares con idénticos hechos, sucedidos en un mismo departamento (El Tolima), esta sección tuvo dos criterios totalmente diferentes", hecho éste que de no revocarse el auto objeto del recurso de reposición "... dejaría al país en un limbo jurídico, sin sber cuál camino escoger".

La conducta de la Sala al expedir el auto recurrido rompe los principios constitucionales de la igualdad de todos ante la ley y del debido proceso. El hecho de que el Consejo de Estado ".. cambie sin razón alguna la interpretación de las normas y las acomode a cada caso, esto solo consigue o tiene como consecuencia que los colombianos no sigamos creyendo en la justicia de nuestro país".

Finalmente, afirma con base en fotocopia expedida por la Secretaría del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que dicha Corporación revocó en todas sus partes la sentencia condenatoria impuesta al señor Rondón Martínez, absolviéndolo, por lo que no existe contra éste antecedente penal.

Para resolver,

SE CONSIDERA

De la lectura de la providencia objeto del recurso de reposición, salta a la vista que la Sala aplicó de manera motivada el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991. Entendió la Sala que la mencionada disposición que tiene rango de Ley por haber sido expedida con base en las facultades extraordinarias conferidas en el artículo transitorio 5 de la Constitución Política vigente, debe ser aplicado porque el decreto en mención se refiere de manera general al trámite de los procesos de competencia de la rama judicial, incluídos los asignados a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El hecho de que en casos anteriores no se hubiere dado aplicación al citado artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, no significa que no esté vigente y no deba aplicarse. Y el hecho de que la Sala comenzará a aplicarlo en la providenci hoy recurrida en reposición no implica violación de los principios fundamentales del debido proceso y de la igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 29 y 13, respectivamente, de la Carta Política. Y si por inadvertencia o por error no se aplicó con anterioridad la ley vigente, no por ello los funcionarios estan obligados a dejar de aplicarla en lo futuro cuando a ello hubiere lugar, que es precisamente lo sucedido en el caso del auto objeto del recurso de reposición.

Dicha providencia está suficientemente motivada, por manera que no es posible afirmar que es una decisión arbitraria o discriminatoria, como lo pretende el tercer interviniente.

Lo expresado es suficiente para que la Sala no revoque el auto objeto del recurso de reposición.

Por lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE

No revocar el auto proferido el 26 de octubre de 1992 en este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL/INCIDENTE DE RECUSACION/RECURSO DE APELACION-Improcedencia

El proceso electoral tiene señalado un procedimiento especial para el trámite de los asuntos que legalmente le corresponden trámite caracterizado por la celeridad que el legislador ha querido imprimirle, por la necesidad de que los asuntos que le están adscritos sean resueltos lo más pronto posible, pues como que tienen relación con el orden público y el funcionamiento de las instituciones. Dicha celeridad se contrapone a toda actuación que pueda demorar el trámite del proceso en forma innecesaria, lo cual está acorde con el espíritu moderno del legislador al señalar los procedimientos judiciales, que se ha reflejado en la supresión al máximo, sin violar desde luego el derecho de defensa de las partes, los recursos procedentes contra las providencias que en ellos se profieran, los incidentes de diferente índole que se autoricen, etc. Acorde a lo anterior y teniendo en cuenta, que en el artículo 181 del C.C.A., se hace una relación de los autos proferidos por los Tribunales Administrativos en primera instancia, susceptibles del recurso de apelación, relación que es de carácter taxativo y no enumerativo, más respecto a los impedimentos y recusaciones, pues teniendo en cuenta la remisión que el artículo 160 del C.C.A., hace al C. de P.C. sobre ese tema, se observa que se refiere sólo a las causales de recusación e impedimento y a su trámite y decisión, por lo cual en cuanto a los recursos la norma aplicable es el artículo 181 del C.C.A. que es propia de esta jurisdicción.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 0872. ELECTORAL - RECURSO DE QUEJA. Actor: *Anselmo Ortiz Patiño*

Ha llegado a esta Corporación el presente expediente procedente del Tribunal Administrativo de Boyacá, en copias auténticas, en virtud del "recurso de queja" formulado por el apoderado del señor Anselmo Ortiz Patiño, contra el auto de agosto 12 de 1992 por medio del cual se negó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de julio 30 del año en curso, que a su vez negó el trámite del incidente de recusación propuesto personalmente por el citado señor como Contralor del Departamento, contra los magistrados de dicho Tribunal.

El fundamento del Tribunal para negar la citada apelación radica, en que el auto materia de la alzada no se encuentra relacionado en el artículo 181 del C.C.A., que en forma taxativa señala cuales son los autos proferidos por los Tribunales en la primera instancia susceptibles de ser apelados, correspondiéndoles sí el de súplica.

Se procede a resolver la citada queja, al haber sido formulada en forma legal y habérsele dado el trámite correspondiente, luego de las siguientes,

CONSIDERACIONES

La tesis expuesta por el recurrente, consiste en que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 160 y 267 del C.C.A., en materia de impedimentos y recusaciones, el régimen aplicable en el campo administrativo, se emite en cuanto a las causales, trámite y decisión a lo dispuesto en los arts. 149, 150, 151 y ss. del C. de P. C.; y el artículo 267 establece la remisión expresa al Código Procesal Civil de los aspectos no regulados por el C.C.A., por lo cual, debe entenderse que dicha institución jurídica, de los impedimentos y recusaciones, debe regularse en su integridad conforme a lo estipulado en el C. de P. C., incluyendo lo relativo a los recursos procedentes contra las providencias que se dicten en su desarrollo.

Además, el artículo 351 del C. de P. C., estatuto al cual se remiten los artículos 160 y 267 del C.C.A., señala como susceptible de apelación el auto que deniegue el trámite de un incidente, que es el caso materia de estudio.

La Sección Quinta del Consejo de Estado hasta el momento ha aceptado en varias providencias esta tesis, por considerar que al hacer el artículo 160 del C.C.A., remisión en materia de impedimentos y recusaciones a lo regulado por el C. de P. C., se debe aplicar todo lo dispuesto por dicha codificación respecto a tal institución, incluyendo lo relativo a los recursos procedentes, como es el de apelación respecto al auto que deniegue el trámite de un incidente.

Sin embargo, haciendo un reestudio del tema, la Sección considera que es del caso cambiar su tesis por los siguientes motivos:

1.- El proceso electoral tiene señalado un procedimiento especial para el trámite de los asuntos que legalmente le corresponden, trámite caracterizado por la celeridad que el legislador ha querido imprimirle, por la necesidad de que los asuntos que le

están adscritos sean resueltos lo más pronto posible, pues como que tienen relación con el orden público y el funcionamiento de las instituciones.

Dicha celeridad se contrapone a toda actuación que pueda demostrar el trámite del proceso en forma innecesaria, lo cual está acorde con el espíritu moderno del legislador al señalar los procedimientos judiciales, que se ha reflejado en la supresión al máximo, sin violar desde luego el derecho de defensa de las partes, los recursos procedentes contra las providencias que en ellos se profieran, los incidentes de diferente índole que se autoricen, etc.

2.- Acorde con lo anterior y teniendo en cuenta, que en el artículo 131 del C.C.A., se hace una relación de los autos proferidos por los Tribunales Administrativos en primera instancia, susceptibles del recurso de apelación, relación que es de carácter taxativo y no enumerativo, más respecto a los impedimentos y recusaciones, pues teniendo en cuenta la remisión que el artículo 160 del C.C.A., hace al C. de P.C., sobre ese tema, se observa que se refiere sólo a las causales de recusación e impedimento y a su trámite y decisión, por lo cual, en cuanto a los recursos la norma aplicable es el artículo 181 del C.C.A., que es propia de esta jurisdicción.

3.- Si esta orientación la ha adoptado la Sección Primera del Consejo de Estado en el trámite de los asuntos que ante ella se ventilan, con mayor razón debe ser adoptada por ésta Sección, teniendo en cuenta los criterios de orden público y celeridad que caracterizan los asuntos que ella conoce.

Por lo anotado habrá de confirmarse el auto recurrido en queja.

Sin más razonamientos, la Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Quinta—,

RESUELVE

CONFIRMAR el auto de agosto 12 de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por el cual se denegó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de julio 30 del mismo año.

Una vez en firme esta providencia remítase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/JURISDICCION COACTIVA/CAUCION

La acción de restablecimiento del derecho tiene por finalidad la declaración de nulidad de un acto administrativo creador de una situación jurídica individual y el restablecimiento del derecho o reparación del daño. Por su parte, la jurisdicción coactiva señala los trámites que debe seguir el funcionario ejecutor para la efectividad de los títulos ejecutivos de que trata el artículo 58 del Decreto 01 de 1984. En este caso, la caución tiene como fin evitar el embargo y/o secuestro de bienes o solicitar la cancelación y el levantamiento de los mismos, previo cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 519 del C. de P.C. Como se puede observar aparte de tratarse de dos asuntos completamente diferentes (es claro que en uno se busca la nulidad de un acto administrativo y en el otro el cobro de un crédito). La caución tiene una función específica y diferente para cada proceso.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.

Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Dra. Miren de La Lombana de Magyaroff*

Ref.: Expediente No. 0267. Actor: LA NACION C/INVERCREDITO SERVICIOS FINANCIEROS. APELACION DE AUTO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto en forma subsidiaria contra el auto de marzo 5 de 1992, por medio del cual se libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra INVERCREDITO SERVICIOS FINANCIEROS S.A. COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL por la suma de $1.700.000.oo

ANTECEDENTES

Mediante Resolución No. 1450 de abril 25 de 1990, la Superintendencia Bancaria decidió imponer una sanción pecuniaria a la Compañía de Financiamiento Comercial INVERCREDITO SERVICIOS FINANCIEROS S.A., por la suma de $1.700.000.oo, notificando dicha providencia el 15 de mayo de 1990. (Folios 2 a 15).

Contra esta Resolución se interpuso recurso de reposición, el cual fue despachado desfavorablemente mediante Resolución No. 2669 de 19 de julio de 1990 (folio 16 a 28). Esta última fue notificada el 23 del mismo mes y año (folio 29) a la apoderada de INVERCREDITO SERVICIOS FINANCIEROS S.A., quedando así agotada la vía gubernativa.

El 5 de marzo de 1992, la División de Cobro de la Oficina Regional de Apoyo Fiscal de Santafé de Bogotá, resolvió librar orden de pago por la vía de jurisdicción coactiva, a favor del Tesoro Nacional y en contra de INVERCREDITO SERVICIOS FINANCIEROS S.A. COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL, por la suma de un millón setecientos mil pesos Mcte. ($1.700.000.oo). Además decretó el embargo de los saldos bancarios que posea el ejecutado en los bancos y corporaciones de ahorro del país, hasta por la suma de tres millones de pesos ($3.000.000.oo) (Folio 31).

La notificación del mandamiento ejecutivo se surtió el día 28 de abril de 1992, según obra a folio 51.

A través de apoderada debidamente constituida (Folio 52), INVERCREDITO SERVICIOS FINANCIEROS S.A. COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación (Folios 54 a 59) contra el mandamiento ejecutivo, solicitando que se revoque el auto de mandamiento ejecutivo proferido dentro del proceso coactivo de la referencia, argumentando las siguientes razones:

Una vez notificada la Resolución No. 2669 de 1990 expedida por la Superintendencia Bancaria, por la cual se confirmó la Resolución No. 1450 de 1990, INVERCREDITO, dentro de la oportunidad legal, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra éstas, demanda que fue admitida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el mes de febrero de 1991, proceso que en la actualidad cursa en la Sección Primera de esta Corporación.

La circunstancia de la instauración del proceso fue debidamente informada a la Superintendencia Bancaria.

Dentro de este proceso, se estableció la cancelación de una caución por el valor de la sanción, la cual fue debidamente constituida por INVERCREDITO.

De lo anterior se deduce que el proceso que se adelanta ante la jurisdicción coactiva carece de soporte legal, pues habiéndose prestado la caución en el proceso de nulidad, el pago de la sanción se encuentra debidamente garantizado, sin que se requiera adicionalmente cobrarlo por la vía coactiva.

Lo dispuesto en el artículo 140 del C.C.A. sobre el otorgamiento de la caución se constituye, de manera indirecta, "en una causal de suspensión del carácter ejecutivo de los actos administrativos que contengan sanciones pecuniarias y en los que se soporte el proceso coactivo correspondiente, siempre que estos actos sean objeto de una demanda de nulidad ante lo contencioso administrativo". De lo contrario, no tendría ningún objeto el otorgamiento de la caución.

El funcionario ejecutor, al resolver el recurso, decidió no reponer el auto de mandamiento de pago de 5 de marzo de 1992, y levantar el embargo de las cuentas bancarias o de ahorros que la demandada posea en los bancos o corporaciones del país, manteniendo el embargo efectuado por el Banco de Bogotá. (Folios 85 a 89).

EL RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandada, además de ratificar los argumentos esgrimidos en el recurso de reposición, agregó lo siguiente:

Sería conveniente tener en cuenta qué sucedería en el evento de presentarse un fallo en favor del actor dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, si ya se ha cancelado la sanción respectiva a través de la vía coactiva. Solamente se lograría causar evidentes perjuicios al actor, ya que éste tendría que empezar un engorroso trámite para solicitar la devolución. Claramente se observa que con el otorgamiento de la caución se aseguran las resultas favorables del proceso, en forma que la administración verá amparado el pago de las sanciones impuestas. (Folios 102 a 104).

De lo anterior, se concluye, que es plenamente justificada la pretensión de obtener la apelación del mandamiento de pago proferido en su contra dentro del proceso coactivo mencionado.

CONSIDERACIONES

Antes que todo, la Sala quiere aclarar desde el punto de vista teórico, que la jurisdicción contencioso administrativa está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas siempre y cuando cumplan funciones administrativas.

En este caso, se argumenta que mediante una acción se busca obtener la nulidad de la Resolución No. 1450 de abril 25 de 1990, en la cual se impone una sanción pecuniaria a INVERCREDITO SERVICIOS FINANCIEROS S.A. COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL, confirmada por la Resolución No. 2669 de 19 de julio de 1990, expedidas ambas por la Superintendencia Bancaria.

La acción de restablecimiento del derecho tiene por finalidad la declaración de nulidad de un acto administrativo creador de una situación jurídica individual y el restablecimiento del derecho o reparación del daño.

Por su parte, la jurisdicción coactiva señala los trámites que debe seguir el funcionario ejecutor para la efectividad de los títulos ejecutivos de que trata el artículo 68 del Decreto 01 de 1984. En este caso, la caución tiene como fin evitar el embargo y/o secuestro de bienes o solicitar la cancelación y el levantamiento de los mismos, previo cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil.

Como se puede observar, aparte de tratarse de dos asuntos completamente diferentes (es claro que en uno se busca la nulidad de un acto administrativo y en el otro el cobro de un crédito), la caución tiene una función específica y diferente para cada proceso.

El objeto y la naturaleza de cada demanda son propios a cada uno y no se puede pretender, por falta de asidero legal, que las actuaciones registradas en un proceso administrativo sean trasladadas a uno de jurisdicción coactiva.

Ahora bien, para que el mandamiento ejecutivo se considere ajustado a la ley basta que se dicte con arreglo a lo dispuesto por el artículo 68 del Decreto 01 de 1984. En el presente caso se observa que el título ejecutivo está conformado por una Resolución mediante la cual la Superintendencia Bancaria impuso una sanción pecuniaria de un millón setecientos mil pesos a la hora ejecutada, Resolución que recurrida, fue confirmada por la misma entidad encontrándose en firme, por haberse agotado la vía gubernativa. Así las cosas era procedente dictar el mandamiento ejecutivo que, en consecuencia, se halla conforme a derecho y no puede ser revocado, por las razones que se aducen en el recurso, que no son de recibo para los efectos pretendidos.

De otra parte, la prestación de caución en el proceso de nulidad no incide en el presente negocio por cuanto ésta es independiente para cada proceso, en que se suministre y por lo mismo sólo cobija al correspondiente y no a otros diferentes como sería en el presente caso, por las razones ya explicadas antes.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Confirmar el auto de 5 de marzo de 1992.

Una vez en firme esta providencia, vuelva el negocio a la oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de 19 de noviembre de 1992.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

MANDAMIENTO DE PAGO/VIA GUBERNATIVA

El inciso 2o. del artículo 561 del C. de P.C. aplicable al proceso de ejecución para el cobro de deudas fiscales, dispone que "En este proceso no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa".

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Penén Deltieure*

Ref.: Expediente No. 0275. ACTOR: *Departamento de Antioquia C/El Condor S.A. Compañia de Seguros Generales - Sociedad Importadora Industrial Los Lopez Ltda.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación subsidiario al de reposición que no prosperó, interpuesto por el apoderado de la sociedad El Condor S.A. Compañía de Seguros Generales contra el auto de mandamiento de pago proferido por el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Antioquia el 17 de julio de 1992.

ANTECEDENTES

La Resolución No. 0457 de agosto 20 de 1991, por medio de la cual la Gobernación del Departamento de Antioquia impuso una multa a la compañía Importadora Industrial Los López Ltda. en cuantía de $31.856.578, por retardo en la entrega de unos barriles armados de roble americano en desarrollo del contrato No. 1771-FLA-057-89 suscrito con el Departamento de Antioquia -Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia; la Resolución No. 0692 de 14 de noviembre de 1991, confirmatoria de la anterior; la Resolución No. 0229 de 21 de mayo de 1991, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra las anteriores confirmándolas en todas sus partes; el acta calendada a 25 de noviembre de 1991 de liquidación final del referido contrato, que arroja un saldo a cargo de Importadora Industrial Los López Ltda. por la suma de

$85.867.121.88, incluido el valor de la multa arriba indicada; y la resolución No. 0303 de 18 de junio de 1992, que al resolver el recurso de reposición interpuesto confirmó lo acordado en el acta de liquidación final del contrato a que se ha hecho mención, son los documentos que integran el título ejecutivo en el que se apoya el mandamiento de pago librado por el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Antioquia el 17 de julio de 1992 a favor del Departamento de Antioquia y en contra de El Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, por la cuantía indicada más los intereses causados liquidados a la tasa del 63.90% anual. (fls. 174 a 176).

El mandamiento de pago fue notificado personalmente al representante legal de la sociedad ejecutada el 29 de julio de 1992 (fl. 177), que por conducto de apoderado lo recurrió en reposición y en subsidio apeló.

EL RECURSO

En su memorial de impugnación solicita, principalmente, que se revoque en su integridad el auto de mandamiento de pago y, en subsidio, que se modifique el artículo primero de dicha providencia en el sentido de excluir del monto adeudado la suma de $54.010.543.88, correspondiente a los sobrecostos ocasionados más los intereses moratorios, de manera que solo se cobre el valor de la multa impuesta a la sociedad por $31.856.578.

Para hacer estas peticiones invoca la inexigibilidad de la obligación frente al afianzado con fundamento en que el Contrato No. 1771-FLA-057-89 fue suscrito entre la Fábrica de Licores de Antioquia y la firma Independent Stave Company Inc. como contratista, para el suministro de 13.000 barriles de roble; y las pólizas Nos. 38513 y 38514 expedidas por su representada indican claramente que el afianzado es Importadora Industrial Los López Ltda., persona distinta jurídica al contratista, por lo que las obligaciones que surjan del citado contrato no pueden exigirse a quien no es parte del mismo, y menos a la compañía aseguradora "...garante de una persona jurídica distinta a dichas partes contratantes". (fl. 182).

Señala que se desconoció el artículo 1072 del Código de Comercio, que limita al siniestro a cargo del asegurador a la realización del riesgo asegurado, pues el riesgo realizado que dio lugar a los actos administrativos base del mandamiento de pago no es el mismo riesgo asumido por la Compañía aseguradora mediante las citadas pólizas.

Aduce la inexistencia de amparo con el argumento de que los sobrecostos por valor de $54.010.543.88, por la supuesta mora en la entrega de los primeros barriles, no constituyen un riesgo cubierto por las pólizas expedidas por la compañía que representa, amén de que en el contrato No. 1771-FLA-057-89 que, insiste, fue suscrito con la firma Independent Stave Company Inc., no se estipuló obligación alguna a cargo del contratista de asumir el pago de dichos sobrecostos, señalando que la fuente de esta obligación "...estaría en un contrato o convenio distinto al garantizado por la compañía que apoderó". (fl. 184).

En cuanto a la multa por $31.856.578, sostiene que tampoco es exigible porque su poderdante nunca afianzó en convenio alguno al contratista Independent Stave Company Inc., y porque "...la condonación de la mora por cambio de sobrecosto, hace que dicha multa no sea exigible". (fl. 184).

Advierte la inexistencia de título ejecutivo con respecto a la suma por $54.010.543.88, afirmando que no se desprende una obligación clara, expresa y exigible a cargo de la compañía que representa de las citadas resoluciones Nos. 0457, 0692 y 0229, las cuales solo se refieren a la multa y no al valor de los sobrecostos; y de otro lado, la Resolución No. 303, también citada, "...solo se limitó a confirmar el acta de liquidación, la cual a su vez estableció en el artículo primero, el punto 4: valor sobrecostos a CARGO DEL CONTRATISTA..." (fl. 185). Y el artículo segundo de dicha liquidación se limitó a señalar que el valor de la multa se tomará con cargo a la póliza No. 38513 constituida por la Compañía aseguradora.

El Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Antioquia en providencia del 26 de agosto de 1992 no repuso su decisión del 17 de julio del año en curso expresando que el apoderado de la compañía ejecutada esgrimió las mismas razones expuestas en la vía gubernativa, las que fueron ampliamente debatidas y resultan inadmisibles en esta oportunidad. Y que, además, el auto de mandamiento de pago se atuvo al contenido de las providencias administrativas que dieron origen a la presente acción.

En el mismo proveído concedió el recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

Para resolver,

SE CONSIDERA

Ciertamente, como aparece consignado en el auto objeto del recurso de apelación fechado el 17 de julio del año en curso, los argumentos expuestos para sustentar los recursos de reposición y de apelación, son los esgrimidos en la vía gubernativa para impugnar la Resolución No. 457 de agosto 20 de 1991, por medio de la cual el Gobernador del Departamento de Antioquia impuso multa a la sociedad Importadora Industrial Los López Ltda. que "...se tomará con cargo a la póliza de cumplimiento No. 38513 de El Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales", según texto del artículo 2o. de la parte resolutiva de dicha Resolución.

Ahora bien: el inciso segundo del artículo 561 del C. de P.C. aplicable al proceso de ejecución para el cobro de deudas fiscales, dispone que "En este proceso no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa".

La preceptiva del inciso transcrito le impide a la Sala el análisis de los argumentos expuestos para sustentar el recurso de apelación que hoy decide, puesto que son los mismos aducidos en la vía gubernativa por la parte recurrente. Por ello habrá de confirmarse el auto de mandamiento de pago.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

Confírmase el auto apelado, proferido por el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Antioquia el 17 de Julio de 1992 contra El Cóndor S.A., Compañía de Seguros Generales.

En firme esta decisión devuélvase la actuación a la Oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída discutida y aprobada por la Sala en sesión del diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

AUDITOR INTERNO-Período/REVOCATORIA PERIODO-Improcedencia/CONTRALORIA DEPARTAMENTAL/IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

La elección de auditor interno de la Contraloría del departamento del Caquetá se realizó antes de que entrara en vigencia la Ley 43 de 1990, es decir, que ella no podía aplicarse para efectos de la elección aludida y en consecuencia, constituía una obligación para la Asamblea darle cumplimiento a la norma vigente y este era el artículo 386 del Acuerdo Especial 05 de 1982, según el cual el Auditor Interno de la Contraloría sería elegido para un período igual al del Contralor Departamental, que correspondía a 2 años. No encuentra la Sala razón valedera que justifique la ordenanzal, procedió a hacer la designación de nuevo auditor interno, antes de que expiraran los dos años para los cuales había sido elegido el actor; y el hecho de que en una misma sesión, la Asamblea hubiere elegido Contralores General y Auxiliar, no imponía en manera alguna la designación de Auditor Interno.

Revoca la sentencia apelada y declara nula la elección del señor Rubén Orlando Vargas, designado como Auditor Interno de la Contraloría General del Departamento del Caquetá.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Ref.: Expediente No. 0804. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. ACTOR: *Alvaro Orozco Sarmiento.*

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el apoderado de la parte actora (fls. 207-212), contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, el 27 de julio de 1992 (fls. 176 - 204).

ANTECEDENTES

1.- En procesos independientes, acumulados posteriormente y, por conducto de apoderado, los señores James Ramírez Lozano y Alvaro Orozco Sarmiento, demandaron la nulidad del acto administrativo del 29 de octubre de 1991, expedido por la Asamblea Departamental del Caquetá, mediante el cual, declaró elegido Auditor Interno de la Contraloría General de ese departamento al señor Rubén Orlando Vargas, para el período comprendido entre el 1o. de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1994.

Los actores consideran que el acto demandado es violatorio de los siguientes artículos:

386 del Código Fiscal del Caquetá, pues quien se desempeñaba en el cargo referido, había sido nombrado para el período comprendido entre el 1o. de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 1992, razón por la cual, era funcionario de período.

Asimismo considera transgredidos los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 43 de 1990, en cuanto disponen que la elección y nombramientos de empleados o funcionarios públicos, para el desempeño de cargos que impliquen el ejercicio de actividades técnico-contables, entre ellos el de auditor interno, deberá recaer en contadores públicos y en este caso, la Asamblea designó a un estudiante universitario. Agrega que las funciones asignadas al auditor interno de la Contraloría Departamental del Caquetá, están incluidas en las que el artículo 2 de la ley 43 de 1990 señala como actividades relacionadas con la ciencia contable y que solo pueden ser ejercidas por los profesionales referidos, que se encuentran debidamente inscritos.

2.- El actor solicitó la suspensión provisional del acto impugnado, aduciendo que una confrontación del artículo 386 del Código Fiscal del Caquetá y los artículos 1 - 2 - 3 - 11 - 12 - 13 de la ley 43 de 1990 y 26 de la Carta Política, era suficiente para darse cuenta de la inaplicabilidad del primero, ya que fue subrogado por la ley 43 de 1990. Esta petición fue despachada adversamente por el *A-quo*.

En extensos escritos que obran a folios 59 a 65 y 137 a 142, el apoderado de la parte demandada, contestó la demanda.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.- El *A-quo* se refirió inicialmente a dos hechos que como excepción de ineptitud formal del libelo, fueron planteados por la demandada.

En efecto, el excepcionante sostuvo que el artículo 386 del Código Fiscal del Caquetá fue derogado por la ley 43 de 1990, en cuanto el primero de los preceptos aludidos no exige, como si lo hace la ley, que quien desempeñe cargos relacionados

con funciones técnico-contables, debe poseer título de contador público; sostiene igualmente, que con la elección de Rubén Orlando Vargas, la Asamblea del Caquetá revocó el período de dos años para el cual había sido elegido el auditor interno que antecedió al señor Vargas.

Las excepciones así planteadas fueron desestimadas por el Tribunal, al considerar que ellas no constituían medios exceptivos tendientes a oponerse a la prosperidad de la acción, sino argumentos jurídicos para defender la legalidad del acto.

2.- Para analizar si la ley 43 de 1990 fue transgredida con el acto demandado, el *A-quo* creyó necesario, determinar su vigencia frente a la Constitución que entró a regir el 6 de julio de 1991 y para ello se remitió a las normas constitucionales que le sirvieron de sustento, encontrando, que dicha ley, reglamentaria de la profesión de contador público, se dictó con base en el artículo 39 de la Constitución 1886 y el artículo 26 de la nueva Carta Política contiene una disposición similar; pero aún cuando esta última no señala la potestad reglamentaria de la ley sobre el ejercicio de las profesiones debe entenderse, que al poder determinar la exigencia de títulos de idoneidad, implícitamente tiene la facultad de reglamentar todo lo atinente al ejercicio de las profesiones.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal infiere que la ley 43 de 1990 se encuentra dentro de la legalidad constitucional, en cuanto ella reglamentó el ejercicio de la profesión de contador público, para lo cual estaba y está autorizada por los artículos 39 y 26 de las Constituciones antigua y nueva, respectivamente.

Al analizar la compatibilidad del nuevo ordenamiento constitucional con los artículos 12 y 13 de la ley 43 de 1990, el Tribunal sostuvo que las disposiciones contenidas en el último en cuanto al acceso al servicio público en cargos que impliquen el ejercicio de actividades técnico-contables, sea por nombramiento o elección, correspondían al desarrollo exacto del artículo 62 de la Carta de 1886, con la observación —dice— que la preceptiva del artículo 12 de la referida ley es genérica, puesto que no se refiere específicamente a cargos en particular, sino a la actividad o función; distinto es el enfoque del artículo 13 *ibídem*, pues en él se relacionan los cargos que requieren la calidad de contador público.

La materia regulada en los artículos 12 y 13 de la ley 43 de 1990, tiene relación con la función pública y al respecto observó que tanto el artículo 122 de la nueva Carta Política, como el 125 de la antigua, se refieren a la carrera administrativa como sistema de ingreso a la función pública, ingreso que debía realizarse por concurso, con la salvedad de que la nueva Carta eleva a precepto constitucional el principio de que todos los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

En relación con los órganos de control fiscal, el artículo 268-10 de la Carta señala que es función del Contralor General de la República proveer, mediante concurso público los empleos de su dependencia que hubieren sido creados por la ley y, el artículo 272 de la misma preceptiva, al referirse al control fiscal en los departamentos, municipios y distritos, indica que los contralores en dicho ámbito territorial ejercerán

las mismas funciones atribuidas al Contralor General, es decir, que a éstos funcionarios corresponde proveer, mediante concurso público, los empleos de su dependencia creados por la ley, pero como para la Contraloria Departamental no existen normas de carrera administrativa, el Tribunal determinó que debían aplicarse aquellas, que sin contrariar la Constitución, regularan la materia (Art. 21 C.N., transitorio).

Después de analizar las disposiciones que gobiernan algunas carreras, el *A-quo* concluyó que la ley 43 de 1990, no desarrolla la carrera administrativa para las Contralorías, lo que la hacía inaplicable al caso *sub-examine,* por ser contraria al espíritu del artículo 125 de la nueva Carta Constitucional, concordante con el artículo 268 *ibídem,* por lo tanto, el nombramiento recaído en la persona del señor Rubén Orlando Vargas, en cuanto al requisito de la profesión para el ejercicio de su función técnico-contable, estuvo conforme a derecho.

3.- En cuanto hace a la revocatoria del período ordenanzal del auditor interno de la Contraloría y partiendo de la base de que el artículo 386 del Código Fiscal Departamental del Caquetá, fijaba en la Asamblea la competencia para la provisión de dicho cargo, por el término de dos (2) años (Art. 348 ibídem), la DUMA departamental, eligió al economista Alvaro Orozco Sarmiento, para el período comprendido entre el 1 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 1992, pero estando en ejercicio de dicho cargo, en la sesión del 29 de octubre de 1991, la misma Corporación decidió elegir en reemplazo de aquel al señor Rubén Orlando Vargas, para el período que inició el 2 de enero del corriente año y expira el 31 de diciembre de 1994, lapso igual al del Gobernador y Contralor Departamental.

Conforme al texto del artículo 386 del Código Fiscal, debió respetarse el período que vencía en diciembre de 1992 y elegir de nuevo auditor una vez cumplido dicho lapso; sin embargo, en desarrollo de su función constitucional de elegir contralor (Art. 272), la Asamblea también designó Auditor Interno y Sub-contralor (sic), convencida de que lo podía hacer en cumplimiento del mandato del Código Fiscal, según el cual, siendo el período de tales funcionarios igual al del Contralor, podía equipararlos y hacer la elección simultánea.

4.- Afirma el *A-quo*, que al entrar la Constitución de 1991, quedó derogada la Carta Política de 1886, quedando sin vigencia el artículo 246 del Decreto 1222 de 1986, que establecía un período de dos años para los Contralores, el cual comenzaría a regir el 1 de enero de 1987; siendo el artículo 246 referido, fundamento jurídico del artículo 386 del Código Fiscal, éste último desapareció del ámbito legal y con ello se revocó el período de los Contralores Departamentales que venían desempeñando funciones.

Así entonces, a juicio del Tribunal, "La extensión de la aplicación del período del Contralor, que hace la ordenanza ... no cabe aplicarla al caso del Auditor y Contralor Auxiliar, por cuanto ésta se dictó con fundamento en el derogado Decreto 1222 de 1986 que contemplaba la elección de Contralor para períodos de dos (2) años" y, en el supuesto de que fuera factible equiparar, el nuevo período de tres años del Contralor al Auditor Interno y a otros funcionarios de la Contraloría Departamental, tampoco sería aplicable la jurisprudencia del Consejo de Estado, que dice de la inamovilidad de los funcionarios de período, pues en esta se hace un análisis interpre-

tativo del artículo 250 del Decreto 1222 de 1986, norma cuya vigencia está en duda y que se aplica únicamente a los Contralores.

Observa que por mandato del artículo 272-3 de la C.N., vigente, a las Asambleas les corresponde organizar las Contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y que del mismo contenido era el artículo 60 del decreto 1222 de 1986, pues fijaba como atribución de la Asamblea, la de organizar la Contraloría de lo cual concluye, que cuando la DUMA revocó el nombramiento de funcionarios distintos al Contralor, estaba ejerciendo una función constitucional, así entonces, no infringió el Código Fiscal del Caquetá ni la jurisprudencia de esta Corporación.

Como consecuencia de las consideraciones resumidas, el Tribunal Administrativo del Caquetá, denegó las pretensiones de la demanda y declaró no probada la excepción propuesta.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de los demandantes solicita la revocatoria de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá y, que en su lugar se decrete la nulidad del acto de elección del señor Rubén Orlando Vargas, como Auditor Interno de la Contraloría General del Departamento referido, pues, en su sentir, no es cierta la conclusión del *A-quo*, según la cual, la ley 43 de 1990, está dentro de la legalidad constitucional, pero al aplicarla al caso a estudio es contraria al espíritu del artículo 125 de la Constitución, en concordancia con el 286 *ibídem*, toda vez, que si la ley es constitucional en cuanto regula la profesión de contador público y señala los cargos o empleos que pueden ser desempeñados por esta clase de profesionales, no es lógico afirmar que cuando se trata de empleos de las Contralorías, su aplicación resulta inconstitucional.

En opinión del recurrente, la ley 43 de 1990, está vigente y no contradice la antigua ni la nueva constitución. Dicha ley dispone que a partir de su vigencia la elección o nombramiento de empleados o funcionarios públicos para el desempeño de cargos que impliquen el ejercicio de actividades técnico-contables, deberá recaer en contadores públicos; asimismo estatuye que para poder desempeñar el cargo de auditor interno, se debe ostentar el título aludido.

Esta debidamente probado que el señor Rubén Orlando Vargas no es contador Público y que su elección como Auditor Interno de la Contraloría Departamental, se hizo durante la vigencia de la ley 43 de 1990, por lo tanto, a juicio del apelante, dicha elección debe declararse nula.

Comparte la afirmación del *A-quo* en el sentido de que la extensión de la aplicación del período del Contralor que –hace la ordenanza– no cabe aplicarla al auditor ni al contralor auxiliar, por lo tanto cuando se eligió al doctor Alvaro Orozco Sarmiento como Auditor Interno, se hizo por el término de dos (2) años, a partir del 1 de enero de 1991 y hasta el 31 de diciembre de 1992, período señalado, en esa época, para el ejercicio del cargo de Contralor Departamental.

La fijación de tal lapso, la hizo la Corporación en el artículo 386 del Código Fiscal del Caquetá, aún vigente, entonces —concluye— el cargo de Auditor es de período y el señor Orozco Sarmiento no podía ser removido sino por violación de los deberes y prohibiciones, previa investigación administrativa.

En consecuencia, es nulo el acto de elección de Rubén Orlando Vargas, porque taxativamente (sic) revocó el período para el que había sido elegido el señor Alvaro Orozco Sarmiento.

CONCEPTO PROCURADURIA

En escrito que obra a folios 223 a 236, la señora Procuradora Séptima Delegada, solicitó la revocatoria de la sentencia apelada y que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, pues en su opinión, el cargo aducido, en la demanda presentada por el ciudadano Alvaro Orozco Sarmiento, deberá despacharse favorablemente, ya que el auditor interno, señor Orozco Sarmiento, fue elegido por la Asamblea, para el período comprendido entre el 1 de enero de 1991 y el 1 de enero de 1993 (sic).

Sostiene que a la fecha de la elección del señor Rubén Orlando Vargas, estaba rigiendo la ley 43 de 1990 que derogó el artículo 386 del Código Fiscal del Caquetá, por lo tanto la Asamblea debió obedecer lo dispuesto en el artículo 12 de la mencionada ley, pues si el auditor interno ejerce funciones técnico-contables la designación debió recaer en un contador público, requisito éste que no tiene el señor Rubén Orlando Vargas.

CONSIDERACIONES

1.- En los procesos acumulados, se demanda la nulidad del acto proferido por la Asamblea Departamental del Caquetá, el 29 de octubre de 1991, mediante el cual declaró elegido al señor Rubén Orlando Vargas, para el cargo de Auditor Interno de la Contraloría General del mencionado departamento; sin embargo, en uno y otro, los fundamentos jurídicos más que diferentes, son contrapuestos.

En efecto, mientras que en el proceso iniciado a instancia del señor Alvaro Orozco Sarmiento, se alega la violación del artículo 386 del Código Fiscal del Caquetá, en el iniciado por James Ramírez Lozano, se solicita inaplicar el artículo 386 aludido, en razón de haber sido derogado, por la ley 43 de 1990, cuyos artículos 11-12 y 13, cita como transgredidos.

El Código Fiscal de Caquetá (Acuerdo Especial No. 05/82), fue expedido por el entonces Consejo Intendencial del hoy departamento de Caquetá y en su artículo 386 dispuso:

> "...El auditor interno de la Contraloría será elegido por la Asamblea Departamental para un período igual al del Contralor Departamental.
>
> "REQUISITOS : Para ser Auditor Interno de la Contraloría Departamental se requiere tener título universitario en derecho, economía, administración pú-

blica o contaduría o en su defecto, acreditar con certificado idóneo la terminación, de estudios en estos programas.

"FUNCIONES : El Auditor Interno tendrá las siguientes funciones:

"1. Ejercer la vigilancia y el control fiscal en sus etapas integradas de control previo, perceptivo y posterior a las dependencias de la Contraloría.

"2. Velar por la correcta recaudación y desembolso de los fondos de la Contraloría.

"3. Reglamentar los asuntos fiscales, económicos, contables y de ejecución presupuestal de la Contraloría Departamental.

"4. Las demás que le asigne la Asamblea Departamental.

Por su parte, la ley 43 de 1990, reglamentaria de la profesión de Contador Público dispone:

"...

ARTICULO 12.- A partir de la vigencia de la presente ley, la elección o nombramiento de empleados o funcionarios públicos, para el desempeño de cargos que impliquen el ejercicio de actividades técnico-contables deberá recaer en Contadores Públicos. La violación de lo dispuesto en este artículo conllevará la nulidad del nombramiento o elección y la responsabilidad del funcionario o entidad que produjo el acto.

ARTICULO 13.- Además de lo exigido por leyes anteriores, se requiere tener calidad de Contador Público, en los siguientes casos:

"1. Por razón del cargo.

"a). Para desempeñar las funciones de revisor fiscal, auditor externo, *auditor interno en toda clase de sociedades*, para los cuales la ley o en contrato así lo determinan.

"b) *En todos los nombramientos que se hagan a partir de la vigencia de la presente ley para desempeñar el cargo de* jefe de contabilidad, o su equivalente, auditor *interno, en entidades privadas* y el de visitadores...

"2. Por la naturaleza del asunto.

"...(se subraya)."

La última de las disposiciones transcritas, no es aplicable al *subjudice*, pues aún cuando los literales a) y b) del artículo 13 exigen que quienes se desempeñen como auditores internos deben tener la calidad de Contadores Públicos, este requisito debe cumplirse, cuando el cargo referido se ejerza en entidades privadas y en toda clase de sociedades, para las cuales la ley o el contrato social así lo hayan determinado; por este aspecto, quedarían excluidos de acreditar dicho requisito aquellos funcionarios del estado que desempeñen el cargo de auditor interno.

Caso diferente regula el articulo 13 de la ley en comento, en el que precian que a partir de su vigencia "... la elección o nombramiento de empleados o funcionarios públicos..." para cargos que impliquen el ejercicio de actividades técnico-contables, deberá recaer en Contadores públicos, so pena de que el nombramiento o elección sea

declarado nulo y, asimismo declarado responsable, el funcionario o entidad que produjo el acto de designación.

Cabe aquí preguntar si el desempeño del cargo de Auditor Interno de la Contraloría del Departamento del Caquetá, implica ejercicio de actividades técnico-contables. Al respecto, el artículo 2 de la ley 43 de 1990, define las actividades relacionadas con la ciencia contable en general, como todas aquellas que implican organización, revisión y control de contabilidades, certificaciones y dictámenes sobre estados financieros, certificaciones que se expidan con fundamento en libros de contabilidad, revisoría fiscal, prestación de servicios de auditoría, así como todas aquellas actividades conexas con la naturaleza de la función profesional de Contador Público, tales como: las asesorías tributarias, gerencial, en aspectos contables y similares.

No cabe duda de que las funciones señaladas al Auditor Interno en el artículo 386 del Código Fiscal del Caquetá, corresponden a las que el artículo 2 de la ley 43 de 1990 define como actividades relacionadas con la ciencia contable. En efecto, la labor de vigilancia y control fiscal en las etapas previa perceptiva y posterior (hoy solamente posterior) que debe cumplir el Auditor Interno en las dependencias de la Contraloría del Caquetá, es ni más ni menos una actividad de revisoría fiscal como la mencionada en la ley 43 de 1990.

Ahora bien, velar por la correcta recaudación y desembolso de los fondos de la Contraloría implica que el Auditor Interno del Caquetá, tiene el deber de organizar y/o analizar la formación del balance de esa dependencia, determinando activos y pasivos y, a su vez debiendo revisar y controlar la consolidación de dicho balance, en un lapso determinado, funciones éstas comprendidas dentro de las que el artículo 2 de la ley 43 de 1990 determina como organización, revisión y control de contabilidades.

En cuanto hace a la reglamentación que debe hacer el auditor interno de los asuntos fiscales, económicos, contables y de ejecución fiscal de la Contraloría del Caquetá, son labores que indiscutiblemente forman parte de las que el artículo 2 de la ley 43 de 1990, determina como actividades conexas con la naturaleza de la función de Contador Público v.gr. asesorías contables tributarias o similares.

Lo dicho antes permite afirmar, que las funciones señaladas por el artículo 386 del Código Fiscal del Caquetá, al Auditor Interno, implican el ejercicio de actividades técnico-contables; corresponde entonces precisar si la elección llevada a cabo por la Duma Departamental, estuvo conforme a derecho, ya que existe contradicción entre los artículos 386 del Código Fiscal y el 12 de la ley 43 de 1990, pues mientras el primero permite que el cargo de Auditor Interno, tantas veces mencionado, sea desempeñado por profesionales de varias especialidades, el segundo solo admite Contadores Públicos.

En sentir de esta Sala, resulta innecesario el extenso análisis que el *A-quo* realizó para determinar - y concluir - que la ley 43 de 1990, está "... dentro de la legalidad constitucional...", pues el punto a definir se concretaba en precisar si dicha ley había derogado el artículo 386 del Código Fiscal del Caquetá, para lo cual era suficiente recordar que la ley 78 de 1981, erigió en Departamento, la Intendencia Nacional del Caquetá y en su artículo 13 dispuso que mientras se elegía e instalaba la respectiva

Asamblea Departamental, el Consejo Intendencial ejercería, las atribuciones señaladas a esas Corporaciones en el artículo 187 de la antigua Carta Política, ello significa que el Acuerdo Especial No. 05/82, mediante el cual se expidió el Código Fiscal del Departamento del Caquetá, ostentaba la categoría de ordenanza y frente a una ley, que como la ley 43 de 1990, la contrariaba, debió darse cumplimiento al inciso segundo del artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal, que a la letra dice : "...El orden de preferencia en disposiciones contradictorias en asuntos departamentales será el siguiente: *las leyes, las ordenanzas*, los reglamentos del gobernador y las órdenes de los superiores" (se subraya), máxime, si como en este caso, el artículo 75 de la ley aludida, dispuso que ella derogaría todas las disposiciones que le fueran contrarias.

Tampoco era necesario que el Tribunal hiciera la extensa referencia que hizo de la función pública y de las carreras administrativas y judicial, para concluir que la ley 43 de 1990, "... no es de aquellas que de su contenido se puede siquiera colegir que se trata de norma que regula la Carrera Administrativa en sus diversas etapas como las existentes hoy en otros organismos..."; para llegar a esa conclusión, era suficiente leer el encabezamiento de aquella, en el que se precisa, que la mencionada ley 43, adiciona la ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público.

Y en cuanto hace a este aspecto, no sobra precisar que la función pública tiene que ver con la organización y manejo de los sistemas de ingreso, ascenso y permanencia de las personas que prestan sus servicios al estado, sin tener en cuenta si son o no profesionales, ni el título al que optaron. Por su parte, los preceptos que reglamentan las profesiones, contemplan aspectos tales como la inscripción, formas de ejercicio, deberes, prohibiciones, personas o entidades que tienen a su cargo la respectiva vigilancia etc., y el hecho de que la ley 43 de 1990 hubiere señalado algunos cargos que dada la especialidad de sus funciones deben ser desempeñadas por Contadores Públicos, no le da a dicha preceptiva connotaciones de función pública, ni le quita su condición de ley reglamentaria de una profesión, pues, en el mismo orden de ideas podría llegar a afirmarse que el Código Fiscal del Caquetá, regula la función pública en el nivel de ese departamento y en la dependencia específica de la Contraloría, solo porque en su artículo 387, señala un sistema de selección del personal que ingresará a la Contraloría Departamental. La norma aludida, que dicho sea de paso, no fue considerada por la Asamblea del Caquetá, en la elección demandada, reza:

> "...Los empleados de la Contraloría Departamental además de reunir los requisitos que para el caso se establezcan, deberán someterse a la comprobación de conocimiento, capacidades y habilidades que el correspondiente cargo requiera. Se hará precisamente, mediante exámenes presentados ante la Contraloría, siendo requisito indispensable para tomar posesión del cargo, obtener resultados satisfactorios".

2.- En cuanto hace a la revocatoria del período del Auditor Interno de la Contraloría, señor Alvaro Orozco Sarmiento, elegido por la Duma Departamental del Caquetá, para el lapso comprendido entre el 1 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 1992, la Sala observa:

El Tribunal sostiene que con la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1991, quedó derogada la Carta de 1886 (Art. 380), quedando igualmente sin vigencia el artículo 246 del Decreto 1222 de 1986, que fijaba en dos años el período de los Contralores, siendo esta norma - dice - "...fundamento jurídico del citado artículo 386 del C.F.D. desapareció ésta del ámbito legal y con ello se revocó el período de los Contralores Departamentales que venían desempeñando esas funciones". Después de referirse a sendos pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la aplicación de período del Contralor que hace la ordenanza...", no cabe aplicarla al caso del Auditor y Contralor Auxiliar, por cuanto esta se dictó con fundamento en el derogado decreto 1222 de 1986, que contemplaba la elección de Contralor para el período de dos (2) años".

Se equivoca el Tribunal cuando sostiene que el artículo 246 del Decreto 1222 de 1986 fijaba el período de los Contralores en dos años, pues una simple lectura de dicho precepto, deja ver que era la antigua Carta Fundamental (Art. 190-9), la que lo señalaba; pero se equivoca aún más, cuando afirma que el referido artículo 246 constituye el fundamento jurídico del artículo 386 del Acuerdo No. 05/82, pues es imposible que una disposición expedida en 1986, como en efecto lo fue el artículo 246, haya servido de fundamento a otra expedida cuatro años antes.

Bajo esas dos erróneas premisas, se imponía una conclusión igualmente errónea, la cual tomó cuerpo en la aseveración del *A-quo,* según la cual, al desaparecer el artículo 386 del ámbito legal "... se revocó el período de los Contralores Departamentales que venían desempeñando esas funciones", conclusión evidentemente falsa, pues de llegar a existir revocatoria del período de los Contralores, ella surgiría por virtud del artículo 272 de la Constitución Nacional, en cuyo inciso cuarto se lee: "... Corresponde a las Asambleas ... elegir Contralor para período igual l del gobernador ...", que conforme lo establece el artículo 303 *ibídem*, es de tres años.

A folios 19 a 28 (2o. proceso acumulado), obra acta No. 04 del 4 de octubre de 1990, de la Asamblea Departamental del Caquetá, en la cual aparece constancia de la elección del economista Alvaro Orozco Sarmiento, como Auditor Interno de la Contraloría de ese departamento; dicha elección, se realizó antes de que entrara en vigencia la ley 43 de 1990 (diciembre 13), es decir que ella no podía aplicarse, para efectos de la elección aludida y en consecuencia, constituía una obligación para la Asamblea darle cumplimiento a la norma vigente y este era el artículo 386 del Acuerdo Especial No. 05/82, según el cual, el Auditor Interno de la Contraloría sería elegido para un período igual al del Contralor Departamental, que correspondía a dos (2) años.

No encuentra la Sala, razón valedera que justifique la actuación de la Duma del Caquetá, en cuanto, desconociendo el precepto ordenanzal (Art. 386 Acuerdo 05/82), procedió a hacer la designación de nuevo Auditor Interno, el 29 de octubre de 1991, antes de que expiraran los dos años para los cuales había sido elegido el señor Alvaro Orozco Sarmiento; y el hecho de que en una misma sesión, la Asamblea hubiere elegido Contralores General y Auxiliar, no imponía en manera alguna la designación de Auditor Interno.

Lo dicho antes, es suficiente para revocar, como en efecto habrá de revocarse la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, - Sección Quinta -, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo parcialmente con él,

FALLA

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá de fecha 27 de julio de 1992 y, en su lugar se dispone:

Declárase nula la elección del señor RUBEN ORLANDO VARGAS, designado para ejercer el cargo de Auditor Interno de la Contraloría General del Departamento del Caquetá, según consta en el acta No. 10 de la sesión ordinaria calendada el 29 de octubre de 1991.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente*; Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia

Para determinar qué tipo de autoridad es la que ejerce el titular del citado cargo, es necesario entrar a realizar un examen a fondo y pormenorizado de los estatutos del SENA, junto con las nociones propias de la autoridad civil, política y militar, examen que es propio de la sentencia que le ponga fin a este proceso y no del auto por medio del cual se resuelva la suspensión provisional, momento en el que la transgresión jurídica que sirve de fundamento para decretarla, debe aparecer manifiesta, de bulto, sin que haya necesidad para deducirla recurrir a razonamientos o disposiciones profundas.

Revócase la suspensión provisional del artículo 3o. del Acuerdo 04 de 1992 emanado del Consejo Nacional Electoral, por medio del cual declaró elegido diputado del Departamento del Atlántico al señor Alonso Acosta Osío y en su lugar se niega dicha suspensión.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejia*

Referencia: Expediente No. 0870. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. Actor: *Edinson Castillo Mesino*

Se encuentra en esta Corporación el presente proceso en apelación de la suspensión provisional del artículo 3 del acuerdo No. 04 de 1992 emanado del Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró elegido diputado del Departamento del Atlántico, al señor Alonso Acosta Osío, resuelta en auto de agosto 12 de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, recurso interpuesto por el apoderado del interesado cuyo acto de elección fue suspendido.

El *A-quo* en la providencia recurrida, consideró que al estar acreditado que hasta el 13 de septiembre de 1991 Alonso Rafael Acosta Osío desempeñó el cargo de Di-

rector Regional del SENA en el Atlántico, se había demostrado la violación del artículo 46 del Decreto 1222 de 1986, al quedar comprendida dicha fecha dentro de los seis (6) meses contados desde la elección como diputado y conllevar ese cargo de Director Regional del SENA, el ejercicio de autoridad civil, al tener bajo su autoridad y mando a los empleados de esa entidad.

Aunque por error del Ponente en este recurso, se dispuso por auto de noviembre 6 de 1992 la respectiva fijación en lista (fl. 147), lo cierto es que al deberse resolver de plano el recurso, conforme lo dispone el último inciso del artículo 155 del C.C.A., subrogado por el D.E. 2304 de 1989 Art. 33, a ello se procederá luego de las siguientes,

CONSIDERACIONES

Aunque la nulidad y por ende la suspensión provisional formuladas en el libelo de demanda, hacen referencia únicamente a la elección como diputados de los señores Guillermo Enrique Molina Roa y Alonso Rafael Acosta Osío, contenida en el acuerdo No. 04 de junio 8 de 1992 proferido por el Consejo Nacional Electoral, lo cierto es que al resolver el *A-quo* sobre dicha suspensión en la providencia recurrida, la negó respecto al primero de los nombrados y la decretó en relación con el segundo, siendo apelada por el último, lo que implica que esta superioridad solamente tiene competencia para conocer de la suspensión decretada, que fue sobre lo único que se recurrió.

En la demanda, en el capítulo contentivo de la "suspensión provisional", fueron citadas como normas transgredidas por el acto demandado los artículos 299 de la C.N., y 45 del Decreto 1222 de 1986, normas que son del siguiente tenor:

> Art. 299.- En cada departamento habrá una corporación administrativa de elección popular que se denominará asamblea departamental, la cual estará integrada por no menos de once miembros ni más de treinta y uno.
>
> El Consejo Nacional Electoral podrá formar dentro de los límites de cada departamento, con base en su población, círculos para la elección de diputados, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial.
>
> El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. Los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos. El período de los diputados será de tres años.
>
> Con las limitaciones que establezca la ley, tendrán derecho a honorarios por su asistencia a las sesiones correspondientes.
>
> Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, tener más de veintiún años de edad, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos y haber residido en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección.
>
> Art. 46.- El Presidente de la República, los Ministros y Viceministros del Despacho, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de

Estado, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, los Jefes de Departamentos Administrativos y el Registrador Nacional del Estado Civil, no podrán ser elegidos miembros del Congreso, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones.

Tampoco podrán ser elegidos miembros del Congreso o Diputados de los Gobernadores, los Alcaldes de capitales de Departamento o de ciudades con más de trescientos mil habitantes, los Contralores Departamentales y los Secretarios de Gobernación, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones; ni tampoco cualquier otro funcionario que seis meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en la circunscripción electoral respectiva. (Artículo 108, incisos 1° y 2°, de la Constitución Política).

El artículo 152 del C.C.A., subrogado por el D.E. 2304/89 artículo 31, al regular la procedencia de la suspensión, dice:

Procedencia de la suspensión. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

Como la acción ejercida en este proceso es la de nulidad electoral, pasaremos a analizar lo dispuesto en dicha norma hasta el numeral 2°, que es lo aplicable en este caso.

1.- La medida fue peida y sustentada en el libelo de modo expreso, en capítulo especial, por lo cual, se cumplió con el requisito del numeral primero.

2.- Como la acción es de nulidad, pasaremos a realizar la confrontación respectiva del acto demandado con los artículos señalados como transgredidos, para establecer si se da la violación que se afirma existe, junto con el análisis de las pruebas aportadas.

a.- Respecto a lo dispuesto en el artículo 299 de la C.N., no observa la Corporación, que el acto demandado en lo que tiene que ver con el apelante, la haya podido transgredir, pues el hecho de que Acosta Osío dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección como diputado a la Asamblea del Atlántico, hubiera desempeñado el cargo de Firector Regional del Sena en este Departa-

mento, no es contrapuesto a ninguna de las disposiciones en dicha norma contenidas.

b.- En relación con lo regulado en el artículo 46 del Decreto 1222 de 1986, tenemos que de conformidad con el concepto de violación expuesto por el actor, la parte que considera violada es la contenida al final del inciso segundo, pues se afirma que Acosta Osío dentro de los seis meses anteriores a la elección como diputado, desempeño "jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en la circunscripción electoral respectiva", como Director Regional del SENA en el Atlántico, al tener bajo su autoridad y mando a los empleados de dicha entidad en esa regional.

Corresponde analizar, de acuerdo con las funciones propias del cargo de Director Regional del SENA, qué tipo de autoridad es la que corresponde a dichos cargos, de acuerdo a los Estatutos de la entidad consagrados en el Decreto 1847 de noviembre 4 de 1969, pues las funciones inherentes a cada cargo pueden significar el ejercicio de diversas modalidades de la autoridad.

La norma que se indica como transgredida por el acto demandado, Artículo 46 del Decreto 1222 de 1986, señala como impedimento para ser elegido diputado de las asambleas departamentales, el haber sido dentro de los seis meses anteriores a la elección, funcionario con ejercicio de jurisdicción o autoridad civil, política o militar en la circunscripción electoral respectiva, a diferencia de lo regulado en los artículos 179 numeral 2 y 18 transitorio, numeral 2 de la C.N., que agregan la autoridad administrativa a las indicadas en la norma antes mencionada.

Aunque con la demanda se aportaron copias auténticas de los oficios Nos. 21-93061 y 21-93088 de mayo 19 y 21 de 1992, respectivamente, expedidos por el jefe de recursos humanos del SENA de Barranquilla, con los que se acredita que Acosta Osío desempeño las funciones como Director Regional hasta el 13 de septiembre de 1991 (fls. 31-32); de la resolución No.1466 de diciembre 13 de 1990 proferida por el Director General del SENA, por medio de la cual se le nombró en dicho cargo, tomando posesión en diciembre 17 de 1990 (fls. 38 - 39) y de la renuncia presentada en septiembre 11 de 1991, que le fue aceptada el 13 del mismo mes y año (fls. 40-41), lo cierto es que para determinar qué tipo de autoridad es la que ejerce el titular del citado cargo, es necesario entrar a realizar un examen a fondo y pormenorizado de los estatutos del SENA, junto con las nociones propias de la autoridad civil, política y militar, examen que es propio de la sentencia que le ponga fin a este proceso y no del auto por medio del cual se resuelva la suspensión provisional, momento en el que la transgresión jurídica que sirve de fundamento para decretarla, debe aparecer manifiesta, de bulto, sin que haya necesidad para deducirla, recurrir a razonamientos o disquisiciones profundas.

Respecto a si la norma mencionada fue derogada o no por la nueva Constitución Política, también es tema propio de la sentencia y no de la suspensión provisional.

Lo anterior es antecedente, de la revocatoria de la providencia recurrida que habrá de proferirse.

Sin más razonamientos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, —Sección Quinta—,

RESUELVE

PRIMERO: Revócase la suspensión provisional del artículo 3 del Acuerdo No. 04 de 1992 emanado del Consejo Nacional Electoral, por medio del cual declaró elegido diputado del departamento del Atlántico, al señor Alonso Acosta Osío, y en su lugar se niega dicha suspensión.

SEGUNDO: Una vez en firme esta providencia, **vuelva** el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DIPUTADO-Inhabilidades/**SUSPENSION PROVISIONAL**-Improcedencia

El artículo 299 de la Constitución Nacional, establece que el régimen de inhabilidades para los Diputados será fijado por la ley y no podrá ser menos estricto que el de los congresistas en lo que corresponda. Se deduce claramente que la norma no establece inhabilidades y señala un marco a la ley que lo haga. A primera vista no surge la violación de las disposiciones citadas por cuanto el artículo 299 ni fija inhabilidades ni hace remisión al artículo 179 o a su contenido. Cualquier conclusión en sentido contrario no estaría basada en la sola comparación de las normas y, por lo mismo, no es posible adoptarla en esta etapa procesal. Al no darse los elementos previstos en el artículo 152 del C.C.A. tal como fue subrogado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, la suspensión provisional no puede ser decretada.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.

Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejera Ponente: *Dra. Miren de La Lombana de Magyaroff*

Ref.: Expediente No. 884. Actor: *Miguel Linero de Cambill*

Procede la Sala a resolver de plano, conforme lo ordena el artículo 155 del C.C.A., tal como quedó subrogado por el artículo 33 del Decreto 2304 de 1989, el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado el 2 de septiembre de 1992, por el Tribunal Administrativo del Atlántico en cuanto decretó la suspensión provisional del acto mediante el cual se declaró elegido como Diputado a la Asamblea Departamental al señor Rafael Acosta Ossio.

El doctor Miguel Linero Cambill obrando en su propio nombre demandó en acción pública de nulidad de carácter electoral el Acuerdo No. 04 de 8 de junio de 1992 dictado por el Consejo Nacional Electoral en cuanto declaró elegido como Diputado de la Asamblea Departamental del Atlántico al señor Alfonso Acosta Ossio.

En el mismo escrito de demanda, pero en capítulo separado, solicitó la suspensión provisional del acto acusado por considerarlo violatorio del Artículo 299 de la C.N. y del Artículo 46 del Decreto 1222 de 1986, con fundamento en el alegato expuesto en el libelo demandatorio al cual se remite.

En la demanda, respecto de las normas que invoca como infringidas, para efecto de la solicitud de suspensión provisional, expone que el artículo 299 de la C.N. prevé que el régimen de inhabilidades de los Diputados será establecido por la ley en forma no menos estricta que para los congresistas.

De lo anterior infiere que la disposición remite al artículo 179 de la misma C.N. (para el caso concreto al numeral 2o.) o sea que no pueden ocupar el cargo quienes como empleados públicos hayan ejercido jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los doce meses anteriores a la fecha de elección.

Explica que tanto la C.N. como el Decreto 1222 de 1986 establecen que las inhabilidades se refieren a las que tengan lugar en la circunscripción en la cual se realice la elección correspondiente.

Considera que con las pruebas allegadas demuestra que quien resultó elegido, desempeñó el cargo de Director Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, entre el 17 de diciembre de 1990 y el 13 de septiembre de 1991, cuando supuestamente le aceptaron la renuncia, aunque el 24 del mismo mes y año figura como aprendizaje legal del SENA celebrando contratos.

Concluye afirmando que si la elección se realizó el 8 de marzo de 1992 la inhabilidad comenzó a correr el 7 de septiembre anterior y, por lo mismo, el elegido quedó incurso en ella y debe suspenderse el acto que lo declaró elegido.

Por auto de 2 de septiembre de 1992 el Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la demanda y suspendió provisionalmente el acto acusado con los siguientes fundamentos:

a) Conforme a las pruebas allegadas el elegido desempeñó el cargo de Director Regional del SENA hasta el 13 de septiembre de 1991 y, por lo mismo, conforme al artículo 46 del Decreto 1222 de 1986 quedó inhabilitado durante los seis meses siguientes para ser Diputado a la Asamblea, es decir, hasta el 13 de marzo de 1992. Su elección, verificada el 8 de marzo de 1992, transgrede ostensiblemente la norma invocada como infringida.

b) La naturaleza del cargo y su mismo nombre "Director Regional" de un Establecimiento Público implica facultad de dirección. Se apoya en el concepto expedido el 30 de noviembre 1991 por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, que analiza qué debe entenderse por autoridad para concluir que, por este aspecto, también procede la suspensión provisional pues se infringe con la elección el mismo artículo 46 del Decreto 122 de 1986.

El señor Rafael Acosta Ossio por intermedio de apoderado apela la anterior decisión con base en la siguiente fundamentación:

a) El artículo 46 del Decreto 1222 de 1986, no estaba vigente el 8 de marzo de 1992.

Explica que el artículo 380 de la C.N., actualmente vigente, derogó expresamente la Carta de 1886 con sus reformas, por lo cual quedó derogado el artículo 108 de esta última.

Como el artículo 46 del Decreto 122 de 1986 pertenecía al citado artículo 108, siguió la misma suerte que la disposición constitucional.

Añade que el Decreto 1222 de 1986 es sólo codificador de normas constitucionales y legales vigentes sobre el régimen departamental; fue dictado con base en las facultades extraordinarias otorgadas para el efecto mediante la Ley 3a. de 1986. El artículo 46 del Estatuto en mención es en su concepto, exactamente igual al artículo 108 de la C.N. derogado por lo que no tendría sentido que sobreviviera a la norma constitucional desaparecida.

Concluye diciendo que lo principal es el artículo 108 de la C.N. y lo accesorio su reproducción mecánica o codificación.

b) Aunque no se aceptara el anterior argumento, de todas maneras, afirma, es claro que el elegido no ejerció jurisdicción o autoridad civil ni política a que se refiere el artículo 46 del Decreto 1222 de 1986, si es que se considera vigente.

Descarta de plano que el elegido estuviera investido de jurisdicción por el hecho de ocupar el cargo de Director Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje.

En igual forma rechaza la posibilidad de que el elegido por razón de su cargo ejerciera autoridad militar propia de los comandantes de las fuerzas armadas en servicio activo.

Procede a continuación a analizar si existe autoridad civil o política para lo cual hace un recuento del significado del término Autoridad no sólo desde el punto de vista gramatical sino sociológico para culminar con el concepto que sobre el particular expone Lacouture, y con la transcripción de apartes de varias sentencias del Consejo de Estado que analizan el punto.

c) El artículo 179 de la C.N. es inaplicable para los Diputados porque se refiere a Congresistas y no hay remisión del artículo 299 para proceder a aplicarlo; manifiesta que en materia de inhabilidades la interpretación debe ser restrictiva.

El artículo 299, por su parte establece calidades para ser Diputado pero no inhabilidades que, según la disposición en cita, deben ser fijadas por la ley. Si la Carta hubiera querido consagrar una remisión lo hubiera dicho expresamente.

d) Si el régimen de inhabilidades no se aplicó a los Congresistas mucho menos puede aplicarse a los Diputados. En apoyo de esta afirmación invoca apartes de la sentencia de 21 de mayo de 1992 dictada por esta Sección que interpreta en el sentido de afirmar que en la misma se expuso la tesis de que las inhabilidades para los Congresistas no solamente las previstas en el artículo transitorio de la C.N. y no las del artículo 179 de la misma obra.

Se observa:

La suspensión provisional aparece regulada en cuanto a procedencia y requisitos por el artículo 152 del Decreto 01 de 1984, tal como quedó subrogado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, aplicable a los procesos electorales conforme al artículo 230 *ibídem*; la ley reguladora en comento, establece que la petición de suspensión provisional debe hacerse antes de que la demanda sea admitida, en escrito separado o dentro del mismo libelo demandatorio y sustentarse de modo expreso. Si se trata de acción pública de nulidad, agrega la misma norma, bastará que haya manifiesta violación de las normas invocadas como fundamento de la solicitud, por confrontación directa o mediante documentos públicos allegados con la solicitud.

La petición debe resolverse por la Sala en el mismo auto admisorio de la demanda, como lo prevé el artículo 233 del Decreto 01 de 1984, tal como quedó subrogado por el artículo 60 del Decreto 2304 de 1989, siendo procedente el recurso de apelación si el negocio tiene dos instancias.

De manera general, la Sala debe precisar que para la prosperidad de una petición de suspensión provisional es necesario, tal como lo establece la disposición reguladora, que se observe a primera vista la flagrante violación de la norma que se invoca como infringida para estos precisos efectos, bien sea que la ostensible violación se manifieste por la simple comparación de la norma con el acto acusado o por la confrontación de los documentos públicos allegados y la disposición correspondiente.

En cualquiera de los casos previstos en la ley es indispensable que no haya necesidad de emprender una labor de interpretación porque en tal caso la violación no sería la ostensible requerida por la norma y, por lo mismo, no sería procedente la medida en estudio. En otras palabras, el alcance de la disposición debe ser tan preciso que se logre observar la violación a primera vista y no mediante un análisis que sólo puede efectuarse al momento del fallo.

Las disposiciones que se consideran como infringidas son del siguiente tenor:

> "ARTICULO 299. En cada departamento habrá una Corporación administrativa de elección popular que se denominará Asamblea Departamental, la cual estará integrada por no menos de once miembros ni más de treinta y uno.
>
> El Consejo Nacional Electoral podrá formar dentro de los límites de cada departamento, con base en su población, círculos para la elección de diputados, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.
>
> El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. Los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos. El período de los diputados será de tres años. Con las limitaciones que establezca la ley, tendrán derecho a honorarios por su asistencia a las sesiones correspondientes.
>
> Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, tener más de veintiún años de edad, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos y haber residido en la

respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección".

"ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

...

2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

...

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5".

La primera de las disposiciones mencionadas establece, en relación con el aspecto en estudio, que el régimen de inhabilidades será fijado por la ley y no podrá ser menos estricto que el de los congresistas en lo que corresponda.

Se deduce claramente que la norma no establece inhabilidades y señala un marco a la ley que lo haga.

El artículo 179, conforme a la anterior transcripción, se refiere, en principio, a los Congresistas.

De acuerdo con lo anterior a primera vista no surge la violación de las disposiciones anteriores por cuanto el artículo 299 ni fija inhabilidades ni hace remisión al artículo 179 o a su contenido. Cualquier conclusión en sentido contrario no estaría basada en la sola comparación de las normas y, por lo mismo, no es posible adoptarla en esta etapa procesal conforme se dejó expuesto en las consideraciones iniciales.

Por su parte el artículo 46 del Decreto 1222 de 1986 dice:

"ART. 46.- El Presidente de la República, los Ministros y los Viceministros del Despacho, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, los Jefes de Departamentos Administrativos y el Registrador Nacional del Estado Civil, no podrán ser elegidos miembros del Congreso, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones.

Tampoco podrán ser elegidos miembros del Congreso o Diputados los Gobernadores, los Alcaldes de capitales de Departamento o de ciudades con más de trescientos mil habitantes, los Contralores Departamentales y los Secretarios de Gobernación, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones; ni tampoco cualquier otro funcionario que seis meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en

la circunscripción electoral respectiva. (Artículo 108, incisos 1o. y 2o., de la Constitución Política)".

De acuerdo con la anterior transcripción, es claro que la disposición señala como inhabilidad para ser elegido como Diputado a la Asamblea la proveniente del ejercicio de la jurisdicción o autoridad civil política o militar dentro del término fijado en la ley por cualquier funcionario.

Pero la Sala observa que el demandado introduce un motivo de duda sobre la vigencia de la disposición invocada, frente a la derogatoria de las normas constitucionales anteriores, que trae el artículo 380 de la nueva Carta Política y que acarrearía, como consecuencia, la derogatoria de las normas de inferior categoría como sería la antes transcrita.

Hechas las correspondientes comparaciones la Sala no puede menos que concluir que cualquier definición que se haga sobre el particular debe estar precedida de un análisis en el cual intervengan elementos de juicio diferentes de los que se desprenden de la simple comparación de las disposiciones invocadas.

En efecto, el análisis debe versar, en primer término, sobre el contenido y alcances del artículo 380 de la C.N. y dar la interpretación correspondiente respecto del artículo 46 del Decreto 1222 de 1986 en el caso en estudio, todo lo cual es propio del momento del fallo.

Ahora bien, solo cuando se establezca cuál es en efecto la norma aplicable podrá estudiarse la situación fáctica del negocio que tampoco es procedente analizar en esta oportunidad de acuerdo a las consideraciones anteriores.

De lo anterior concluye la Sala que al no darse los elementos previstos en el artículo 152 del C.C.A. tal como fue subrogado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, la suspensión provisional no puede ser decretada en el presente caso y, por lo mismo, la providencia del Tribunal debe revocarse en cuanto suspendió el acto acusado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Revocar el numeral III del auto apelado y en su lugar no se accede a decretar la suspensión provisional solicitada.

En firme este proveído vuelva al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de 26 de noviembre de 1992.

Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TESTIMONIO EXTRAPROCESO-Valor Probatorio/**PRUEBAS DE OFICIO**-Improcedencia

Acreditar hechos diferentes a los que debe juzgar la jurisdicción en un caso concreto como por ejemplo el cobro de pensiones, la supervivencia etc., para estos últimos efectos deberán rendirse ante Notarios y Alcaldes conforme a artículo 299 y frente a estos mismos funcionarios, exclusivamente también deberán rendirse los testimonios para fines judiciales, cuando no se pida la citación de la parte contraria, evento en el cual, solo tienen valor de prueba sumaria en determinado asunto para el que la ley expresamente autoriza esta clase de prueba.

INTERROGATORIO DE PARTE-Valor Probatorio/**CONFESION**-Improcedencia

La Sala, una vez examinado el contenido de esta pieza que forma parte del proceso, encuentra que, de lo expresado allí por el actor al responder las preguntas formuladas, no se desprende ningún hecho que le produzca consecuencias jurídicas adversas, puesto que sus manifestaciones son reiterativas de las planteadas en la demanda en apoyo de sus pretensiones, es decir, no se da uno de los presupuestos necesarios para que haga confesión judicial, cual es el previsto en el artículo 195 numeral 2o. del C. de P.C.; tampoco se infiere que esas afirmaciones favorezcan a la parte demandada como lo contempla la misma disposición.

NULIDAD ELECTORAL-Causales/**VIOLENCIA CONTRA LOS ELECTORES**/**NULIDAD ELECTORAL**-Inexistencia

La declaración de la parte actora no tiene ningún respaldo en el proceso porque la prueba testimonial que era la fundamental para demostrar los hechos, no se admitió y la documental oportunamente allegada, como bien lo dice el *a-quo* y lo confirma la representante del Ministerio Público, por sí solo no tiene más alcance probatorio que el que le asigna la ley en relación con el acto mismo que representa cada documento. Es pues absoluta la ausencia de pruebas en el caso que ocupa la atención de la Sala, y ante tal evento deberá confirmarse la sentencia recurrida, no sin antes observar que en caso de haberse probado las circunstancias fácticas alegadas, tampoco tenían vocación de prosperidad las peticiones de la demanda, dado que aquéllas no encajan en ninguno de los casos de nulidad contemplado en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, ni concretamente en la del numeral 1o. que señala como tal, el hecho de haberse ejercido violencia contra los escrutadores o destruído o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruído por causa de violencia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Ref.: Expediente No. 0811. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. Actor: *Alvaro Lara Zambrano*

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia de fecha 18 de agosto de 1992, mediante la cual, el H. Tribunal Administrativo de Nariño, denegó la totalidad de las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

I. La acción y sus fundamentos

A través de apoderado, el ciudadano ALVARO LARA ZAMBRANO, en escrito obrante a folios 1 y ss., solicitó ante el mencionado Tribunal la nulidad del acto por el cual, la comisión escrutadora municipal el día 10 de marzo de 1992, declaró al señor HELMER EDUARDO YELA BAZANTE, como alcalde del municipio de Ancuya - Nariño, para el período a iniciarse el primero de junio siguiente. Consecuentemente, se proceda a practicar nuevo escrutinio, excluyendo los votos emitidos en la mesa que funcionó en la inspección de Policía de CRUZ DE MAYO; se declare electo al demandante por ser el candidato que sigue en votación y se hagan las comunicaciones pertinentes.

Argumenta el actor, que en las elecciones realizadas el 10 de marzo de 1992, verificados los escrutinios, la comisión escrutadora municipal, dispuso expedir la credencial como alcalde de Ancuya, al señor HELMER EDUARDO YELA BAZANTE para el período 1992 - 1994, habiéndole computado 176 votos depositados en la Inspección Departamental de Cruz de Mayo, donde los electores fueron manipulados por el presidente del jurado de votación, a la vez esposo de la delegada del Registrador Municipal, y otras personas cuyos nombres relaciona en el hecho tercero de la demanda, quienes cogían a los electores "que se acercaban a votar y no los dejaban entrar al cubículo y, sin ningún inconveniente, ellos mismos en la propia mesa donde estaba el jurado, marcaban el voto en el número dos (2) que había correspondido al candidato Yela Bazante".

"Fue tal la presión ejercida sobre los electores, la coacción, que la propia Delegada del Registrador Municipal... manifestó al Inspector Departamental de Policía que se debía dejar al elector que sea acompañado (sic) del dirigente político para que le marque el voto y, por eso ni siquiera se utilizó el cubículo donde el sufragante debía emitir su voto secretamente..."

"La violación de la privacidad del voto de cada ciudadano, la coacción ejercida sobre los electores, el hecho de que sean otras personas y no el sufragante quien haya marcado o señalado el voto, es demostración clara que se alteró la voluntad popular y, por lo mismo, es procedente la exclusión de votos emitidos en favor de Helmer Eduardo Yela Bazante en la antecitada inspección que corresponde al municipio de Ancuya".

Por los hechos anteriores, estima violados los Arts. 253 de la C.N., 125 - 126 y 168 del C.E., y 223 C.C.A.

Además de la copia del acto acusado, el actor allegó con la demanda prueba documental relacionada con la inscripción de la candidatura de Alfonso Romo Marroquín "uno de los manipuladores de los electores", (fl. 24); constancia sobre votación en la inspección de Cruz de Mayo en las elecciones del 27 de octubre de 1991 (fl. 25); certificado de matrimonio correspondiente a Carlos Eliécer Acuña Montero y Alba Judith López Ortega (fl. 26) y testimonios recepcionados como prueba anticipada ante el Juzgado municipal de Ancuya. En la etapa de pruebas se recepcionó interrogatorio de parte al demandante (fl. 102).

II. Contestación de la demanda

Por medio de apoderado, el ciudadano elegido alcalde de Ancuya, se opuso a las pretensiones, haciendo pronunciamiento expreso sobre cada uno de los hechos de la demanda. Dice respecto a lo fundamental de los cargos que éstos carecen de seriedad, ya que en las elecciones del 8 de marzo de 1992 realizadas en la mencionada localidad, ni se violó la privacidad del voto ni hubo coacción sobre los electores "y por lo mismo no se ha alterado la voluntad popular". El evento electoral transcurrió normalmente en la Inspección de Cruz de Mayo, pues como se puede apreciar, los testigos electorales hicieron reclamaciones en ese sentido ante los jurados de votación, para

que esas inquietudes fueran consignadas en el formulario E-17 y resueltas posteriormente por la Comisión Escrutadora.

Agrega, que los hechos alegados no configuran ninguna de las causales de nulidad electoral contempladas en el artículo 223 del C.C.A., "Tal vez podría pensarse en la causal primera de dicha norma, pero, ella se refiere a la violencia ejercida contra los escrutadores o la destrucción o mezcla de papeletas (cuando las había) por dicha violencia..."

III. Decreto de pruebas

En auto obrante a folios 73 y ss. el *A-quo* en Sala Unitaria, aceptó como pruebas, para ser valoradas en su oportunidad legal, las allegadas por las partes con los escritos de la demanda y contestación, rechazando la testimonial que ambos presentaron por no reunir los presupuestos de los artículos 229 - 298 y 299 del C. de P.C., decisión que fue confirmada en súplica (fls. 84 y ss.).

IV. La sentencia recurrida

Descorrido por las partes el traslado para alegar y oído el concepto del Ministerio Público, el H. Tribunal Administrativo de Nariño, en providencia del 18 de agosto de 1992 (fls. 124 y ss.), resolvió en el fondo las pretensiones de la demanda, denegándolas, basando su decisión en las consideraciones que seguidamente se transcriben textualmente:

> En efecto y como puede verse de la demanda presentada en su oportunidad, se insiste preferentemente en una irregularidad desprendida de la actuación del señor Carlos Acuña Montero, de quien se dice que aprovechándose de su condición de Presidente del Jurado de Votación de la mesa que funcionó en la Inspección "Cruz del Mayo", manipuló a los electores, hasta tal punto que impidió la entrada de éstos al cubículo y al haber señalado por parte de los mismos integrantes del (sic) dicho jurado, los tarjetones con el número 2 que correspondía al candidato Yela Bazante, que en definitiva resultó en triunfador. Así mismo, se trae a colación la actuación de la comisión escrutadora a la que se critica por no haber dado cabida a un recurso interpuesto y relacionado precisamente con los cargos inicialmente mencionados, es decir, por las posibles irregularidades desprendidas de la actuación de los jurados de votación que actuaron en la Inspección "Cruz de Mayo".
>
> Estas situaciones planteadas, efectivamente se pretendieron demostrar por parte del actor con algunos testimonios recepcionados fuera de proceso, los que no fueron ratificados en el mismo por las razones dadas en providencia que anteceden (sic), una proferida por el magistrado sustanciador, y otra, por el resto de la Sala de Decisión en virtud de un recurso de súplica, dándose consiguientemente la circunstancia, de que únicamente quedaron para valorarse alguna (sic) prueba documental que nada aclara respecto a la ocurrencia

de los hechos tildados de irregulares por el demandante y que dice inciden de manera manifiesta en la elección del actual alcalde de Ancuya.

Contempla la situación bajo este punto de vista, las acusaciones basadas en las causales de nulidad señaladas en la Ley 96 de 1985, que modificó en tal aspecto el texto del Art. 223 del C.C.A., ciertamente no fueron acreditadas, por lo que resulta acertado afirmar, que la elección del Alcalde de Ancuya efectuada en (sic) día 8 de marzo del año que corre y recaída en la persona de Hélmer Eduardo Yela Bazante no está viciada de nulidad, ya que éste tenía aptitud legal para ser elegible, obtuvo la mayoría exigida, los cómputos u operaciones electorales se efectuaron conforme a la ley y no aparece ningún hecho exterior constitutivo de fraude o violencia.

V. La apelación

Al sustentar el recurso de apelación interpuesto, visible a folios 131-134, el apoderado del demandante no está de acuerdo en que se le hubiera rechazado, en el decreto de pruebas, la testimonial, denegándosele su ratificación en el proceso, y que tampoco el *A-quo* no hubiera decretado esa prueba de oficio conforme a la facultad que le otorgó el artículo 179 del C. de P.C., no solo "porque debían considerarse útiles para la verificación de los hechos", como también se presentaba en la cuestión a decidir, un motivo de orden público", porque resulta que la nulidad de la elección de un Alcalde u otro funcionario no implica únicamente factores personales sino que afectan a toda una comunidad ..." Agrega que no se puede sacrificar el fondo por la forma, "teniendo en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los objetivos estatales. Por eso, en el artículo 2 y en el 3 del C.C.A., se dan pautas suficientes para que los procedimientos logren su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando las decisiones inhibitorias".

Se duele el actor de que la sentencia nada diga en relación con el valor probatorio que pueda corresponder al interrogatorio de parte absuelto por el demandante, en el que se hallan afirmaciones que coinciden exactamente con los hechos de la demanda, "es decir que se da el caso concreto del artículo 179 del C. de P.C., para decretar pruebas de oficio".

VI. Concepto agente Ministerio Público

Precisa la Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso (fls. 146 y ss.), que el artículo 258 de la C.N., al establecer un procedimiento para garantizar el secreto al voto y la libertad del sufragio, no exige como causal de nulidad de la elección "el que los ciudadanos no voten secretamente en cubículos, ni este hecho se encuentra entre las causales de nulidad que taxativamente consagra el Art. 223 del C.C.A...". Por tal razón el cargo en este sentido formulado no debe prosperar.

Al examinar la causal establecida en el numeral primero de la disposición últimamente citada invocada por el actor, afirma que ésta se refiere a "la violencia ejercida contra los escrutadores, pero no la violencia ejercida contra los electores, ya sea vio-

lencia moral, constreñimiento, o presión sobre éstos...", estando en desacuerdo con el Tribunal de Instancia cuando expresa que, no obstante la previsión de la norma, la causal debe hacerse extensiva cuando la violencia recae sobre los electores, pues es suficientemente sabido y sostenido por la jurisprudencia que dichas causales son taxativas.

Solicita la colaboradora fiscal que por esta Corporación se compulsen copias del testimonio rendido fuera de proceso por Luis Eduardo Rivera Narváez Inspector Departamental de Policía de la vereda "Cruz de Mayo", para que se investigue la posible comisión de un delito contra el sufragio, por parte de la Delegada del Registrador señor Judith López de Acuña y del señor Carlos Acuña, presidente del Jurado de Votación.

Su concepto es contrario a las aspiraciones del demandante y favorable a lo resuelto en la sentencia.

No se observan vicios de nulidad en la actuación, procediéndose a la decisión que corresponda, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Dos aspectos, básicamente, comprenden el motivo de inconformidad del actor, con la providencia mediante la cual, el H. Tribunal Administrativo de Nariño el 18 de agosto de 1992, denegó la totalidad de las súplicas de la demanda de nulidad del acto de elección del señor Helmer Eduardo Yela Bazante, como alcalde del municipio de Ancuya, mismo departamento.

El primero, ataca el proveído cuando desestima la prueba testimonial extraproceso allegada con la demanda, pues considera que al no ser objetada por el Juez ante quien se recepcionó, "se produjo un hecho concreto: Plasmar en un documento que tiene las características de ser público, una realidad histórica, el registro de un acontecer irregular a todas luces en el propio recinto de la mesa de votación en la vereda Cruz de Mayo, todo ese acopio fielmente vertido, así fuera de manera no regida por el C. de P.C., fue llevada (sic) a conocimiento del H. Tribunal ...", si los testimonios así aportados no podían ser apreciados, legalmente hablando, si había por lo menos un motivo de orden público con incidencia en toda la comunidad, que era necesario tener en cuenta para hacer uso de la facultad oficiosa que al juez le otorga el artículo 179 del C. de P.C., y haber procedido a decretar la prueba.

En el punto objeto de examen, la Sala está de acuerdo con el *A-quo*, pues encuentra acertada la posición que asume al analizar los hechos de la demanda, frente a los elementos de convicción allegados para probarlos. Dentro de éstos, aparecen como elementos probatorios de primer orden, las declaraciones extraproceso que ante el juzgado promiscuo municipal de Ancuya, rindieran varios testigos citados por el demandante y cuyas versiones solicitó se ordenara su ratificación en el proceso.

El Tribunal de Instancia, en Sala Unitaria, al decretar pruebas, no ordenó la ratificación al estimar que, el procedimiento agotado para obtener la prueba anticipada, no se había ajustado a lo dispuesto en el artículo 229 del C. de P.C., norma que es clara

al determinar de manera perentoria, los casos en que procede la ratificación del testimonio en un proceso, disponiendo en su numeral 2. "cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299".

La primera de estas disposiciones autoriza, pero limita la recepción de testimonios anticipados con fines judiciales, únicamente a personas que estén gravemente enfermas, pero, con la exigencia indispensable de la citación de la futura contraparte.

Cuando los testimonios no tengan la anterior finalidad, sino la de acreditar hechos diferentes a los que debe juzgar la jurisdicción en un caso concreto, como por ejemplo el cobro de pensiones, la supervivencia etc., para estos últimos efectos deberán rendirse ante Notarios y Alcaldes conforme al artículo 299 y frente a estos mismos funcionarios, exclusivamente también deberán rendirse los testimonios para fines judiciales, cuando no se pida la citación de la parte contraria, evento en el cual, solo tienen valor de prueba sumaria en determinado asunto para el que la ley expresamente autoriza esta clase de prueba.

Del contexto armónico de las antecitadas disposiciones se infiere de manera inequívoca el propósito del legislador, o sea, establecer como principio general la recepción de testimonios con fines judiciales dentro del proceso en las oportunidades probatorias y como excepción con antelación al mismo, únicamente cuando se trate de personas que están gravemente enfermas, previa condición de que se cite a la futura contraparte con el fin de garantizar los derechos del legítimo contradictorio.

Al examinar las solicitadas elevadas por el demandante ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ancuya para la recepción de las declaraciones de que se hace mérito, en ellas no aparece la manifestación de que las personas citadas, estuvieren en tales condiciones de incapacidad física que no les permitía en ese momento comparecer a rendir testimonio. Tampoco se observa que en dichas solicitudes se hubiera mencionado la parte contradictoria, es decir no se dió cumplimiento al precepto contenido en el artículo 293 del C. de P. C., conduciendo esta circunstancia a que el *A-quo*, negara la ratificación de los testimonios.

El hecho de que el Juez Municipal de Ancuya, diligenciara la prueba sin objetar la solicitud, así estuviera aquélla destinada a demostrar un "acontecer irregular", ocurrido en la elección del Alcalde de la mencionada localidad, no es argumento válido como lo pretende el actor, para habilitarla, dándole el valor que no tiene, precisamente por la inobservancia de los requisitos previstos en la norma porque ésta es categórica al expresar en su último inciso: "Los testimonios que se reciban con violación de este artículo no podrán ser apreciados por el Juez".

Ahora bien, aduce el recurrente que si los testimonios "no podían ser apreciados" por las razones que expone el Tribunal, por ser de interés general la elección de un alcalde, es decir, estar de por medio el orden público, ha debido decretarse la prueba de oficio. Apreciación equivocada porque la oficiocidad de la prueba y la facultad del juez en esta materia, no puede interpretarse como una oportunidad más a la que tienen cada una de las partes para allegar regular y oportunamente pruebas al proceso. Esa facultad es discrecional, potestativa, sujeta al prudente arbitrio del Juzgador y se ejerce como un complemento probatorio para el esclarecimiento de la verdad, mas no

como una obligación de suplir las fallas o deficiencias que presentan dichas partes en la producción de la prueba. Es la situación que se presentó en el caso *sub-lite,* donde el actor, no demostró los hechos de la demanda porque la prueba fundamental que allegó a los autos no fue considerada favorablemente en el fallo, por los motivos que se han dejado expuestos, agregando además, que por las mismas razones en esta instancia no procede su decreto de oficio.

Ahora en cuanto al segundo punto de la apelación, que se relaciona con la falta de valoración probatoria del interrogatorio de parte, que a instancia del demandado absolvió el actor, la Sala, una vez examinado el contenido de esta pieza que forma parte del proceso (fl. 102), encuentra que, de lo expresado allí por el actor al responder las preguntas formuladas, no se desprende ningún hecho que le produzca consecuencias jurídicas adversas, puesto que sus manifestaciones son reiterativas de las planteadas en la demanda en apoyo de sus pretensiones, es decir, no se dá uno de los presupuestos necesarios para que haga confesión judicial, cual es el previsto en el artículo 195 numeral 2 del C. de P. C.; tampoco se infiere que esas afirmaciones favorezcan a la parte demandada como lo contempla la misma disposición.

A lo anterior se agrega que la declaración de la parte actora no tiene ningún respaldo en el proceso, porque la prueba testimonial que era la fundamental para demostrar los hechos, no se admitió y la documental oportunamente allegada, como bien lo dice el *A-quo* y lo confirma la representante del Ministerio Público, por sí solo no tiene más alcance probatorio que el que le asigna la ley en relación con el acto mismo que representa cada documento. Es pues absoluta la ausencia de pruebas en el caso que ocupa la atención de la Sala, y ante tal evento deberá confirmarse la sentencia recurrida, no sin antes observar que en caso de haberse probado las circunstancias fácticas alegadas, tampoco tenían vocación de prosperidad las peticiones de la demanda, dado que aquéllas no encajan en ninguno de los casos de nulidad contemplado en el artículo 223 del C. de P. C., ni concretamente en la del numeral 1 que señala como tal, el hecho de haberse ejercido violencia contra los escrutadores o destruído o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruído por causa de violencia.

El criterio de la Procuradora Octava Delegada en este sentido, es acertado cuando expresa que la norma "establece como causal de nulidad la violencia ejercida contra los escrutadores, pero no la violencia ejercida contra los electores ya sea violencia moral, constreñimiento o presión sobre éstos como lo afirma el actor... porque es suficientemente sabido que se ha venido sosteniendo reiteradamente por la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado que comparte este Despacho, dada la forma como quedó redactado el artículo 223 del C.C.A., modificado por el artículo 65 de la ley 96 de 1985 y el artículo 17 de la ley 62 de 1988, que la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda Corporación electoral, solo procede cuando se demanda con base en las causales consignadas en esta disposición que son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva pues son determinadas expresamente en la norma, por lo cual no se pueden hacer extensivas a otras situaciones no contempladas en ella".

Finalmente, la Sala trasladada al A-quo la solicitud de la representante del Ministerio Público, para que se compulse copia de la declaración extraproceso rendida por el inspector de la vereda "Cruz de Mayo" municipio de Nariño, para investigar un posible delito contra el sufragio, por la autoridad que corresponda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, —Sección Quinta—, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida el 18 de agosto de 1992, por la cual el H. Tribunal Administrativo de Nariño, denegó la totalidad de las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia vuelva el proceso al Despacho del conocimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel Viana Patiño,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONCEJAL-Inhabilidades/EMPLEADO OFICIAL/TRANSITO DE LEGISLACION

El Decreto 1333 de 1986 o Código de Régimen Municipal dispone en su artículo 83 que podrán ser elegidos concejales quienes "...dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales...". Como en el presente caso el demandado resultó elegido como Concejal del Municipio de Santa Rosa de Cabal cuando ostentaba la calidad de empleado oficial, considera esta Sala que se estructuran los elementos necesarios para configurar la causal de inhabilidad prevista en dicha norma. El régimen de inhabilidades que actualmente regula la elección de Concejales es el consagrado en los artículos 83 y 84 del Decreto 1333 de 1986, hasta tanto la ley que debe expedirse conforme al artículo 312, inciso tercero de la Constitución no indique cosa distinta.
Confirma la providencia apelada en sus numerales 1o., 3o. y 4o. y modifica el numeral 2o. para que se de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 261 de la Constitución Nacional.

SERVIDOR PUBLICO/PARTICIPACION EN POLITICA/NORMA CONSTITUCIONAL-Desarrollo Legal/TRANSITO CONSTITUCIONAL

Del artículo 127 de la Constitución Nacional se advierte que ciertos servidores públicos pueden intervenir en actividades políticas, pero también está indicando la norma que el ejercicio de tales actividades está condicionado al señalamiento que la ley haga al expedirse; y será decisión del legislador determinar expresamente de que manera pueden participar en política los empleados del estado que no están comprometidos en la prohibición constitucional.

NULIDAD ELECTORAL/CONCEJAL/VACANCIA

Al anularse el acto declaratorio de la elección del demandado se produce desvinculación definitiva como miembro de la Corporación Municipal, es decir, hay vacancia absoluta del cargo y éste debe ser ocupado en la forma como lo establece el artículo 261 de la Nueva Carta Política.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño*

Ref.: Expediente No. 0806. ACTOR: *Jhon Jairo de Jesús Gómez Giraldo*

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Raúl Octavio Morales López contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 5 de agosto del año en curso, por medio de la cual se decretó "...la nulidad de la elección como Concejal del señor Raúl Octavio Morales López para el período 1992-1994 del Municipio de Sta. Rosa de Cabal y se ordena la cancelación de la respectiva credencial".

ANTECEDENTES

La demanda:

El ciudadano Jhon Jairo de Jesús Gómez Giraldo demandó en ejercicio de la acción pública electoral la nulidad del "Acta de Escrutinios para Concejo Municipal de Santa Rosa de Cabal, la cual lleva la fecha del 10 de marzo de 1992, en cuanto hizo la declaratoria de Concejal electo del Municipio de Santa Rosa de Cabal al señor Raúl Octavio Morales López...".

Afirma el demandante que para el 8 de marzo de 1992, fecha de la elección, el señor Raúl Octavio Morales López estaba inhabilitado para ser elegido concejal porque "...desde mucho tiempo atrás, venía ejerciendo un empleo público como Institutor al servicio del Departamento de Risaralda y en tales condiciones no podía de una parte, inscribir el movimiento político que inscribió o sea la `Alianza Democrática M.19' ni la lista que a nombre de ese partido político se puso a consideración del pueblo el domingo 8 de marzo de 1992 y finalmente, su nombre como cabeza de lista también resultaba como en efecto resulta inhabilitado". Y el señor Darío Loaiza Quintero quien le sigue en orden descendente en la misma lista inscrita "...no puede ascender a la dignidad de concejal por la declaratoria de nulidad que se haga de la credencial del señor Raúl Octavio Morales López, por cuanto también para el concurría la inhabilidad del ejercicio de una función pública cual era la de Miembro del Consejo Directivo de la Empresa `Empocabal' de Santa Rosa de Cabal...".

Estima el demandante que con la elección del señor Raúl Octavio Morales López como Concejal se violaron las siguientes disposiciones: "artículo 83 del Decreto 1333 de 1986; artículo 1o. Ley 45 de 1989; artículo 63 de C. Penal; artículo 127 de la Const. Nal".

Al proceso se incorporaron documentos públicos para demostrar la calidad de empleado público del señor Raúl Octavio Morales López y los documentos electorales correspondientes a la elección. También la certificación expedida por el Gerente de la Empresa de Obras Sanitarias de Santa Rosa de Cabal referente al doctor Darío Loaiza Quintero quien es miembro del Consejo Directivo en representación de los usuarios del servicio.

Dentro de la oportunidad para corregir la demanda allegó el actor la certificación correspondiente al monto presupuestal del municipio de Santa Rosa de Cabal para la vigencia fiscal de enero a diciembre de 1992, el que asciende a la suma de $1.834.230.737.oo.

La contestación de la demanda:

Corrido el término de fijación en lista, la parte demandada guardó silencio.

La sentencia apelada:

El Tribunal Administrativo de Risaralda, oído el alegato de conclusión que presentó el demandado por conducto de apoderado y el concepto del Ministerio Público, profirió sentencia el 5 de agosto de 1992 decretando la nulidad de la elección como Concejal del señor Raúl Octavio Morales López. Dispuso también que dicha vacante sea asumida por el señor Darío Loaiza Quintero a quien se le expedirá la credencial respectiva y que se comunique esta decisión a las autoridades correspondientes. Denegó las demás pretensiones de la demanda.

Se refirió el *a-quo* al artículo 127 de la Constitución que prohíbe la participación en actividades y movimientos políticos a los empleados del Estado que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o políticas o cargos de dirección, señalando al respecto que es clara la norma "...en el sentido de autorizar la participación de algunos empleados del estado en actividades de tipo político, lo cual constituye una ampliación democrática para participar del ejercicio y control del poder político del Estado, sinembargo dicha facultad está supeditada a la expedición por parte del Congreso de la ley que reglamente la participación en política de esos empleados". (fl. 71). Estima que mientras no se expida la ley, los empleados públicos no pueden intervenir en política y transcribe apartes del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 18 de marzo de 1992 sobre la materia.

Afirma que según las pruebas allegadas, el señor Raúl Octavio Morales López tenía la calidad de empleado público en la fecha en que fue elegido Concejal del municipio de Santa Rosa de Cabal y en consecuencia, estaba inhabilitado para figurar

en la lista de candidatos y para ser Concejal, de acuerdo con los artículos 83 del Decreto 1333 de 1986 y 1o. de la ley 45 de 1989.

En cuanto a la petición del actor en el sentido de que el señor Darío Loaiza Quintero, por ser miembro de una Corporación Administrativa de Servicios Públicos, no puede suceder a Raúl Octavio Morales López en el cargo de Concejal por virtud de la declaratoria de nulidad de su elección, consideró el Tribunal que según lo normado en el Decreto 2400 de 1968 artículo 3, Decreto 1950 de 1973 artículo 5, y Decreto 3130 de 1968 artículo 18, los miembros de las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos, aunque ejercen funciones públicas, no tienen la calidad de empleados públicos, concluyendo por esta razón que el señor Loaiza Quintero no está inhabilitado para ser Concejal.

Explica que no hay lugar a nuevo escrutinio porque de acuerdo con el artículo 261 de la Carta, la vacancia absoluta del cargo en corporaciones públicas, debe ser ocupada por el candidato no elegido que figure en la lista en orden de inscripción, sucesivo y descendente. Anota que "...El hecho que la lista de candidatos por el M-19 fuera inscrita entre otras personas por Raúl Octavio Morales López no configura causal de nulidad de tal acto, pues la no autorizada intervención en política no es sancionada por la ley con la invalidez de este tipo de actuaciones, ya que las nulidades deben ser expresadas, y son de interpretación y aplicación restrictiva, lo que excluye la analogía. Es de anotar que la demanda no señala ninguna norma cuyo quebrantamiento sea sancionado con la nulidad de la inscripción. Tratándose de una acción anulatoria, esta jurisdicción es rogada".

"Como el caso presente se trata de una vacancia absoluta, ella será ocupada por el candidato que le sigue en orden descendente, señor Darío Loaiza Quintero, quien no está inhabilitado para ser concejal por las razones expuestas". (fl. 78).

El recurso

El apoderado del demandado interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia solicitando se declare la validez de la elección recaída en su poderdante.

Reitera sus argumentos aducidos en el alegato de conclusión referentes al principio de superioridad de la constitución sobre la ley y al régimen especial al que están sometidos los educadores quienes, asegura, no están incluídos dentro de los empleados que ejercen jurisdicción, autoridad civil o política, o cargos de dirección administrativa. Señala que una lectura al Estatuto Docente "...permite concluir que, aún antes de la vigencia de la actual Carta Política, el legislador colombiano solamente ha buscado en los últimos años prohibir la utilización de la cátedra para hacer proselitismo político, esto es para hacer propiamente campañas PARTIDISTAS que no para el EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLITICOS FUNDAMENTALES TALES COMO SON EL ELEGIR Y SER ELEGIDO". (fls. 83 y 84).

Se refiere luego al Decreto 2400 de 1986 que regula la administración del personal que presta sus servicios a la rama ejecutiva, advirtiendo que no es aplicable a los docentes, por lo que considera improcedente la citación que de dicha norma se hace

en la sentencia que apela. Señala que la conducta aquí analizada podría encasillarse únicamente en el artículo 201 del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral, "...porque no debe olvidarse que el docente es ante todo empleado oficial, conforme a las previsiones del artículo 3 del Decreto 2277 de 1979..." (fl. 86), y manifiesta que las normas existentes sobre intervención en política perdieron vigencia con la nueva Constitución que en su artículo 127 clasificó en dos grupos a los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas, ubicando en el primer grupo a quienes por ejercer jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección, o pertenecer a los órganos judicial, electoral o de control, les está prohibido participar en actividades políticas con excepción del derecho al sufragio. Y en el segundo grupo, todos los demás, reconociéndoles el derecho de intervenir en dichas actividades "...pero sujetos a las condiciones que señale la ley, la cual se advierte no ha sido expedida hasta ahora". (fl. 87).

Por ello estima que la violación del artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, cuya violación invoca el demandante, "...debe ser desechada como insubsistente parcialmente, en cuanto es contrario (sic) por su concepción genérica, a lo expresado en el inciso 3o. de la norma constitucional transcrita; manteniendo solo relación en cuanto a la prohibición que consagra, en el inciso 2o. ibídem, esto es, que la prohibición consagrada en el precitado Art. 83 es aplicable a los funcionarios oficiales que ocupen cargos con las connotaciones que señala el citado inciso 2o. del precepto de la Carta". (fl. 89).

Señala que las consideraciones que tuvo en cuenta el Tribunal al decretar la nulidad del acto de elección de su representado, van en contravía de los desarrollos jurídicos que exige la Constitución. Y agrega que "cuando el magistrado ponente consigna su opinión de que la autorización de la participación de algunos empleados del estado en actividades de tipo político, lo cual constituye una ampliación democrática para participar del ejercicio y control del poder político del Estado, está afirmando una verdad incontrovertible, pero cuando agrega que el ejercicio de ese derecho está supeditado a la expedición por parte de la ley que reglamente la participación en política de esos empleados, está en verdad negando la posibilidad para esa AMPLIACION DEMOCRATICA en que deben comprometerse todas las instancias, esferas, momentos, instituciones, etc. de la vida nacional". (fl. 91).

El Ministerio Público:

La Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso en su vista de fondo se refiere al artículo 83 del Decreto 133 de 1986 que se estima violado, a las probanzas allegadas al proceso y a la calidad de empleados oficiales que tienen los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales y concluye que el señor Raúl Octavio Morales López era inelegible para el cargo de Concejal en las pasadas elecciones por estar incurso en causal de inhabilidad.

En cuanto al artículo 127 de la Carta señala que "...solo establece prohibiciones a los empleados públicos, excepciones a las prohibiciones y sanciones. Según los incisos 2o. y 3o. de este canon constitucional los servidores públicos pueden participar en

actividades partidistas y controversias políticas, exceptuándose los que ejercen autoridad civil o política, los que ocupan cargos de dirección administrativa y los que se desempeñan en los órganos judicial, electoral y de control, pero dejando a la ley la reglamentación de la participación en política de los empleados del Estado que no están comprometidos en esta excepción, pues así lo dispone expresamente el inciso 3o. en estas condiciones, la norma no es de aplicación inmediata". (fl. 109).

Advierte que el artículo 127 no regula el aspecto de inhabilidades, como sí lo hace el artículo 83 del Código de Régimen Municipal, que está vigente mientras no se legisle sobre el particular.

Con respecto al señor Darío Loaiza Quintero considera que no puede predicarse que sea inelegible porque en este proceso se está debatiendo la legalidad del acto impugnado que no cobija al segundo renglón de la lista y, además, porque las listas no son cuestionables ante esta jurisdicción. Concluye en que deben ser confirmados los puntos 1 y 4 y revocarse los puntos 2 y 3 de lo resuelto en la sentencia impugnada, ordenando en su lugar que se llame al siguiente candidato de la lista encabezada por el señor Raúl Octavio Morales López, por cuanto la determinación sobre quién debe ocupar la vacante corresponde al Presidente del Concejo, conforme lo dispone el artículo 261 de la Constitución por analogía con el procedimiento establecido en el artículo 278 de la ley 5a. de 1992.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con las pruebas incorporadas al expediente aparece demostrado que el señor Raúl Octavio Morales López tomó posesión el 23 de febrero de 1971 ante la Secretaría de Desarrollo Económico y Social del Departamento de Risaralda en el cargo para el cual fue nombrado en propiedad por Decreto No. 2353 de febrero 19 de 1971, como profesor sin escalafón para la escuela Industrial de Apía, Plaza Nueva. (fl. 1). Que según lo informa el Delegado del Ministro de Educación Nacional ante el FER de Risaralda en Oficio D-073 de fecha junio 16 de 1992, que obra al folio 35 del expediente, "...revisados los archivos de la sección de Nóminas de FER se encontró que el señor RAUL MORALES LOPEZ, con cédula No. 4.537.878 laboró en el mes de marzo/92 y actualmente continúa desempeñando normalmente sus funciones como Educador en el Instituto de Promoción Social Marillac de Santa Rosa de Cabal y está vinculado al sector Educativo desde 1971".

Que obra en autos al folio 34, la comunicación No. 009145 de junio 15 de 1992 suscrita por la Jefe de División Administrativa de la Secretaría de Educación del Departamento de Risaralda, en cuyo texto se lee "...que el señor RAUL OCTAVIO MORALES LOPEZ, para el 8 de marzo de 1992 se encontraba en ejercicio de sus funciones como docente en la planta de personal del Departamento de Risaralda, en el Instituto Promoción Social Marillac de Santa Rosa de Cabal desde el 13 de marzo de 1979".

También está demostrado que Raúl Octavio Morales López fue declarado electo Concejal del municipio de Santa Rosa de Cabal en el Departamento de Risaralda, el 10 de marzo de 1992, para el período 1992-1994. (fl. 4).

Como educador perteneciente a la planta de personal del Departamento de Risaralda, Raúl Octavio Morales López era empleado oficial conforme al artículo 3o. del Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente, según condición que reconoce el propio apoderado del demandado, aún cuando se empeña en alegar que no estaba inhabilitado para ser Concejal, entendiendo que la única limitante a la participación en política de los educadores según el Estatuto Docente es la de utilizar la cátedra para hacer proselitismo político y que, además, porque los docentes como no son empleados de confianza o manejo ni tienen cargos de dirección en la administración, no forman parte de los funcionarios del Estado a quienes el artículo 127 de la Carta les prohíbe intervenir en las actividades de los partidos, en los movimientos y en las controversias políticas.

El Decreto 1333 de 1986 o Código de Régimen Municipal dispone en su artículo 83 que no podrán ser elegidos Concejales quienes "...dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales...". Y la ley 45 de 1989 confirmó esta inelegibilidad.

Como en el presente caso el señor Raúl Octavio Morales López en los pasados comicios del 8 de marzo resultó elegido Concejal del Municipio de Santa Rosa de Cabal cuando ostentaba la calidad de empleado oficial, en el cargo de educador vinculado a la planta de personal del Departamento de Risaralda, considera esta Sala que se estructuran los elementos necesarios para configurar la causal de inhabilidad prevista en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, siendo viable la anulación impetrada.

Contra lo que sostiene el apelante, el régimen de inhabilidades que actualmente regula la elección de Concejales es el consagrado en los artículos 83 y 84 del Decreto 1333 de 1986, hasta tanto la ley que debe expedirse conforme al artículo 312, inciso tercero de la Constitución no indique cosa distinta.

En cuanto al artículo 127 de la Carta Política, encuentra la Sala acertados los planteamientos del *A-quo* en el sentido de que para el ejercicio de actividades políticas permitido a los servidores del Estado, está supeditado a la expedición de la ley que lo reglamente. En efecto, reza el precepto que:

> "...
>
> A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.
>
> ...".

De la lectura de la disposición constitucional transcrita se advierte que ciertos servidores públicos pueden intervenir en actividades políticas; pero también está indicando la norma que el ejercicio de tales actividades está condicionado al señalamiento que la ley haga al expedirse; y será decisión del legislador determinar expresamente de qué manera pueden participar en política los empleados del Estado que no están comprometidos en la prohibición constitucional.

Acierta el Tribunal Administrativo de Risaralda en su providencia que es objeto de impugnación cuando afirma que no hay lugar en el presente caso a practicar nuevo escrutinio. En realidad, al anularse el acto declaratorio de la elección del Concejal Morales López se produce desvinculación definitiva como miembro de la Corporación Municipal, es decir, hay vacancia absoluta del cargo, y éste debe ser ocupado en la forma como lo establece el artículo 261 de la nueva Constitución Política, que es del siguiente tenor:

> "Ningún cargo de elección popular en corporaciones públicas tendrá suplente. Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesivo y descendente".

Y en este punto observa la Sala que resulta improcedente el análisis que hizo el *A-quo* referente a la situación del señor Darío Loaiza Quintero segundo renglón en la lista de aspirantes al Concejo Municipal, que encabeza el demandado, porque el artículo 229 del C.C.A. claramente establece que "Para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara...", condición que en el *sub-lite* no se ha cumplido, como quiera que la expedición del acto para llenar la vacancia que deja la declaratoria de nulidad de la elección de concejal está supeditada a dicho pronunciamiento.

No podía, entonces el *A-quo* decidir la nulidad de un acto aún no expedido, de allí que fuera improcedente analizar la situación jurídica del señor Loaiza Quintero para establecer su habilitación como sucesor de Morales López en el Concejo de Santa Rosa de Cabal, ya que aquél tiene una mera expectativa que solamente puede materializarse con el llamamiento para llenar la vacante que le haga el Presidente del Concejo, una vez en firme la sentencia que declare la nulidad de la elección de Raúl Octavio Morales López.

El Tribunal debió, en consecuencia, limitarse a declarar la nulidad del acto y disponer que la vacante sea llenada conforme lo expresa el citado artículo 261 de la Constitución, ordenando las correspondientes comunicaciones para su cumplimiento conforme está previsto en el artículo 176 del C.C.A. Por esta razón deberá ser modificado el numeral 2 de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1o. Confírmase lo decidido en los numerales 1, 3 y 4 de la sentencia dictada por el Tribunal, Administrativo de Risaralda el 5 de agosto de 1992.

2o. Modifíquese el numeral 2. de la misma providencia para en su lugar disponer,

Dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 261 de la Constitución Política.

3o. En firme esta sentencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel Viana Patiño,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DOCUMENTO PUBLICO-Inexistencia

El documento referente a la hoja de vida de la demandada, carente de fecha, que obra en autos en fotocopia autenticada por el Secretario del Concejo Municipal, donde dice reposa el original, no tiene el carácter de documento público, puesto que es obra exclusiva de un particular, en cuya elaboración, redacción y expedición no ha intervenido funcionario público. Considerando lo anterior, no es posible decretar la suspensión provisional con base en una confrontación hecha en documentos que no tienen el carácter de "públicos" de acuerdo a la ley, ni que siendo públicos dan la certeza suficiente por sí solos y de manera contundente de la ausencia de las calidades exigidas por la ley para que la actora pudiera ocupar el cargo de Personero Municipal.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño*

Ref.: Expediente No. 0883. Actor: *Paco William Benítez Delgado*

De plano, como lo dispone el artículo 155 del C.C.A., procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto proferido el 17 de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Cauca, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

ANTECEDENTES

Actuando en nombre propio, el doctor Paco William Benítez Delgado demandó en ejercicio de la acción pública electoral la nulidad del acto que declaró elegida Personera Municipal de Morales, Cauca, para el período 1992-1994 a la señora Josefa Ordóñez Ordóñez.

En la demanda se solicitó la suspensión provisional del acto acusado.

Sostuvo el demandante que era nula la elección porque la señorita Ordóñez no reunía los requisitos para tal cargo, como son, ser abogada titulada o haber terminado estudios de derecho.

Solicitó la suspensión provisional "...del acto que por medio de esta acción se acusa al ser manifiesta la violación de la ley por tal acto emanado del H. Concejo Municipal de Morales (C) y ella desprenderse de la simple confrontación de las pruebas que se acompañan con este escrito". (fl. 9).

Considera violados el artículo 280 de la Constitución que exige a los Agentes del Ministerio Público las mismas calidades del juez de mayor jerarquía ante quien desempeñan sus funciones, calidades que no posee la señorita Ordóñez Ordóñez, quien no es abogada titulada como requiere serlo el Juez Promiscuo Municipal ante quien ejerce el cargo.

Y el artículo 137 del Código de Régimen Municipal, por cuanto dicha norma establece que el Personero Municipal debe ser abogado titulado o haber terminado estudios de derecho, y la elegida no cumple con uno u otro requisito.

Solicitó el actor que tener como pruebas para decretar la suspensión provisional, la hoja de vida de la demandada y las fotocopias autenticadas de la demanda, su contestación y fallo de primera instancia pertenecientes al proceso electoral No. 3156 adelantado anteriormente por los mismos hechos en contra de la mencionada ciudadana.

EL AUTO APELADO

El H. Tribunal Administrativo del Cauca en el mismo auto admisorio de la demanda, decretó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección contenido en el Acta No. 4 de 22 de agosto del presente año del Concejo Municipal de Morales, por medio del cual se reeligió a Josefa Ordóñez Ordóñez como Personero Municipal para el período 1992-1994.

Para adoptar la medida tuvo en cuenta el *A-quo* los documentos aportados. Respecto de su contenido consideró que está suficientemente demostrado que Josefa Ordóñez acepta no ser abogada ni haber concluido estudios de derecho, cuando así lo manifiesta a contestar, el 17 de octubre de 1990, por conducto de apoderado, la demanda encaminada a obtener la declaratoria de nulidad de su elección como Personero Municipal de Morales para el período 1990-1994. Y este hecho también se deduce de su hoja de vida presentada al Concejo Municipal de Morales para su reelección como Personera.

Estimó el Tribunal que la confesión judicial "traída como prueba trasladada" unida al acta contentiva de la elección y a la hoja de vida de Josefa Ordóñez constituyen prueba fehaciente de que no reunía los requisitos exigidos por el artículo 137 del Decreto 1333 de 1986 para el ejercicio del cargo, siendo manifiesta la violación a la

norma. No entra a considerar el artículo 280 de la Constitución también invocado "...por cuanto hasta el momento no tiene desarrollo legal". (fl. 63).

EL RECURSO

Afirma el recurrente que las pruebas allegadas con la demanda son insuficientes para decretar la suspensión provisional. Que aunque es cierto que en el proceso electoral que cursó con anterioridad en contra de su representada aparece manifiesto que no había concluido sus estudios de derecho, "...esta afirmación no puede en la actualidad tomarse literalmente, puesto que se estaría limitando al funcionario electo la oportunidad procesal de acreditar las calidades exigidas en la Ley, para desempeñar el cargo para el cual fue elegida". (fl. 78).

Señala que no existe la ostensible violación de las normas y que es posible que Josefa Ordóñez haya terminado sus estudios en este último período, aspecto que no puede darse por descartado.

CONSIDERACIONES

En los procesos de nulidad de actos administrativos, la suspensión provisional está contemplada en el artículo 152 del C.C.A. en los siguientes términos:

> "Procedencia de la suspensión. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:
>
> 1) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
>
> 2) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
>
> Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor".

Se trata en el presente caso de la nulidad de un acto de elección impugnado en ejercicio de la acción pública electoral, por lo que resulta procedente la suspensión provisional siempre que haya infracción manifiesta de la disposición invocada "como fundamento de la misma por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

El Tribunal Administrativo del Cauca efectuó la confrontación con los documentos aducidos por el peticionario, y decretó la medida porque considera que Josefa Ordóñez Ordóñez no reunía los requisitos que exige el artículo 137 del Decreto 1333 de 1986 para el cargo de Personero Municipal.

Para la aplicación del citado artículo 152, en cuanto dispone en su numeral 2) que la confrontación se hará mediante "documentos públicos", es pertinente acudir a las

normas del Código de Procedimiento Civil por remisión del artículo 168 *ibídem* "en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlos y criterio de valoración".

En su artículo 251 dicho estatuto define que,

> "...
>
> Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.
>
> ...".

Al examinar los documentos aducidos con la solicitud de suspensión provisional encuentra la Sala que, contrariamente a lo manifestado por el *A-quo*, no demuestran la infracción manifiesta del artículo 137 del Decreto 1333 de 1986. En primer lugar, porque el documento referente a la hoja de vida de Josefa Ordóñez Ordóñez, carente de fecha, que obra en autos de folios 22 a 23 en fotocopia autenticada por el Secretario del Concejo Municipal de Morales, Cauca, donde dice reposa el original, no tiene el carácter de documento público, puesto que es obra exclusiva de un particular, en cuya elaboración, redacción y expedición no ha intervenido funcionario público.

De manera que tal documento aducido como prueba para demostrar la falta de los requisitos de la demanda para ser elegida Personero Municipal, de nada sirve para los efectos de la suspensión provisional, medida cuya aplicación procede únicamente de la manera prevista en el citado artículo 152 del C.C.A.

Y en segundo lugar, porque de los documentos pertenecientes al proceso electoral adelantado en 1990 en contra de Josefa Ordóñez por los mismos hechos aquí discutidos, la demanda y la contestación de la demanda son también documentos privados en relación con los cuales son pertinentes los mismos planteamientos anteriores; y la copia de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca aún cuando carece de las constancias de notificación y ejecutoria, si tiene carácter de documento público, pero da cuenta de circunstancias ocurridas en esa época y respecto a las cuales no hay certeza de que subsiste la misma situación, para afirmar que cuando Josefa Ordóñez fue reelegida como Personera Municipal el 22 de agosto de 1992 para el período 1992-1994 no reunía las calidades para dicho cargo.

El contenido de las pruebas allegadas requiere de un análisis lógico jurídico, que no es pertinente en esta oportunidad procesal, sino propio de la sentencia que en definitiva resuelva la controversia.

Considerando lo anterior, no es posible decretar la suspensión provisional con base en una confrontación hecha con documentos que no tienen el carácter de "públicos" de acuerdo a la ley, ni que siendo públicos dan la certeza suficiente por sí solos y de manera contundente de la ausencia de las calidades exigidas por la ley para que Josefa Ordóñez pudiera ocupar el cargo de Personero Municipal de Morales, por lo que el auto apelado habrá de revocarse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

Revocar el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca el 17 de septiembre de 1992, pero solo en cuanto decretó la suspensión provisional del acto de elección de Personero Municipal de Morales, Cauca, que recayó en Josefa Ordóñez Ordóñez.

En firme esta providencia remítase el expediente al Tribunal de origen,

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída discutida y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel Viana Patiño,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL-Causales/**NULIDAD ELECTORAL**-Inexistencia/ **RESIDENCIA/NORMA CONSTITUCIONAL**-Desarrollo Legal.

Según el numeral 4o. del artículo 223 del C.C.A., la causal de nulidad se presenta "cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral, adoptado por la Constitución Política y leyes de la República", lo cual queda descartado tratándose de la elección para un solo cargo como es la de alcalde municipal. El sistema del cuociente electoral está diseñado para que opere con respecto a elecciones en donde se tenga que proveer más de un puesto, conforme lo contempla el artículo 263 de la Constitución Nacional.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Ref.: Expediente No. 0820. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. Actor: *Miriam Rosa Castro Quevedo*

Para conocer de la apelación interpuesta por el actor contra la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de septiembre de 1992, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda, se encuentra este proceso en la Sección Quinta del Consejo de Estado.

ANTECEDENTES

I. La demanda

Obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, la señora Miriam Rosa Castro Quevedo solicita la nulidad del acto por el cual, la Comisión Escrutadora municipal el 11 de marzo de 1992, declaró electo al ciudadano MANUEL VICENTE ROZO como alcalde de Guayabetal-Cundinamarca. Consecuentemente, se cancele su credencial y declare elegida a la demandante, por ser el candidato que le siguió en votos (fl. 1).

En escrito de corrección a la demanda (fl. 17), presentó los hechos en que sustenta las pretensiones; según éstos, en las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992 en la antecitada localidad, en relación con la votación para Alcalde se presentaron a sufragar ciudadanos que no residían en Guayabetal y por lo tanto no podían votar allí, hechos que fueron en conocimiento de las autoridades correspondientes.

"En el mismo transcurso de las mencionadas votaciones se presentó COMPRA DE VOTOS a favor del candidato MANUEL VICENTE ROZO, hoy alcalde electo..."

Invoca como normas violadas de manera directa, el artículo 316 de la C.N., porque hubo "transportación de votantes para sufragar por el elegido alcalde, según hechos que están siendo investigados. Igualmente el artículo primero de la ley 02 de 1992 porque las personas que votaron por este mismo candidato, mintieron incurriendo en falso testimonio, hechos que según estima aumentan ilegalmente el cuociente electoral según el artículo 223 del C.C.A. Norma esta que también se infringió en su numeral 5, "cuando el señor Manuel Vicente Rozo asediado por varias demandas penales vigentes y respaldado por unos votos ilegales, hicieron que el mismo no reuniera las calidades constitucionales o legales para ser electo..."

II. Contestación de la demanda

El demandado en memorial visible a folio 42 actuando a través de apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda. Acepta el hecho primero y niega el segundo. Afirma que no es cierta la violación del artículo 316 de la C.N., "por cuanto el supuesto de hecho que se alega no existió ni ocurrió..." tampoco el artículo 1 de la ley 2 de 1992, "porque las personas que participaran en la elección de alcalde de Guayabetal tenían y tienen domicilio y residencia en el municipio. Esta circunstancia se presume por el solo hecho del acto de inscripción, que goza de la presunción de legalidad como todo acto administrativo"

III. Sentencia recurrida

El *A-quo*, en el proveído de fondo además de negar las pretensiones de la demanda, ordenó en los numerales 2 y 3 de la resolutiva, enviar a la Fiscalía General de la Nación y Procuraduría Delegada para la vigilancia judicial, fotocopia de los docu-

mentos a que alude en la parte motiva a fin de que se proceda a las investigaciones correspondientes.

Inicia sus consideraciones expresando que si bien es cierto que el artículo 316 de la C.N., norma que invoca el actor como transgredida, dispone que en las votaciones que se realicen para autoridades locales sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio, y por consiguiente, resulta aplicable para efectos de la determinación de las personas que podían participar en la elección del alcalde de Guayabetal, pues así lo reafirma el artículo 1 de la ley 2 de 1992, también lo es que ni la nueva Constitución ni esta ley erigieron en causal de nulidad ese hecho. Lo prohíben, pero no indican las consecuencias de su inobservancia y como sobre él estructura el demandante las causales 4 y 5 del artículo 223 del C.C.A., el Tribunal a este respecto señala textualmente:

> Es evidente que el hecho de la participación de ciudadanos no residentes en la elección de Alcalde Municipal no constituye la causal de nulidad señalada en el numeral 4o. del artículo 223 del C.C.A., por cuanto, según esa norma, la nulidad se presenta "cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República", lo cual, queda descartado tratándose de la elección para un solo cargo, como es la de Alcalde Municipal. El sistema de cuociente electoral consagrado en el Artículo 263 de la Constitución Nacional está diseñado para que opere con respecto a elecciones en donde se tenga que proveer más de un puesto. De modo que cuando se trata de elegir a una sola persona no es posible aplicar el sistema del cuociente electoral para definir cuál fue el candidato que obtuvo la mayoría de votos y, por tanto, fue elegido, dado que en este caso el elector no vota por los candidatos que figuren en una lista, como cuando se trata de elecciones para corporaciones públicas, sino únicamente por uno de los aspirantes.
>
> Y no se puede estructurar la nulidad de la elección de una autoridad local cuando en ella votan personas no residentes en el respectivo municipio con base en la causal del numeral 5 del artículo 223 del C.C.A., pues ésta se presenta cuando se computan votos a favor de candidatos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para hacer electos, lo cual, de ninguna manera, puede ocurrir cuando el hecho se origina, en el proceso mismo de las elecciones, como, en efecto, ocurre cuando sufragan personas que no están habilitadas legalmente para hacerlo. Esta causal del numeral 5o. del artículo 223 se estructura cuando se aduce y se comprueba que efectivamente la persona que figuró como candidato y resultó elegida no reunía las calidades o condiciones señaladas por la ley para ocupar el correspondiente cargo. Esas calidades se predican de la persona elegida y consisten en los atributos, condiciones o requisitos que de conformidad con la Constitución o ley (sic) debe reunir en consideración a la naturaleza o índole del cargo para el cual fue designado.
>
> De modo que resulta claro que en el presente caso no se puede concluir, como lo hace la demandante en su libelo, que en virtud de varias demandas vigentes y respaldado por unos votos ilegales, el Señor Manuel Vicente Rozo

no reúne calidades constitucionales o legales para ser Alcalde de Guayabetal. Como ya se anotó, para que se configurara la causal de nulidad por falta de calidades del candidato elegido como alcalde del citado municipio, se requería que precisamente la actora hubiese señalado aquellas que de acuerdo con las leyes respectivas —78 de 1986 y 49 de 1987— deben reunir los Alcaldes y no los reúne el Señor Manuel Vicente Rozo, lo cual no se hizo.

Además de lo anterior, advierte el *A-quo* que en el proceso no se mostró el supuesto de hecho sobre el que se sustenta la violación del artículo 316 de la C.N.

En el memorial correctivo de la demanda, se dice que en las mencionadas elecciones hubo compra de votos a favor del candidato a la Alcaldía Manuel Vicente Rozo, pero respecto a esta acusación no se indicó la causal señalada en la ley para el caso de probarse los hechos, ni de éstos las circunstancias en que ocurrieron, como tampoco los nombres de las personas que votaron en razón de ese beneficio económico.

IV. La apelación

Inconforme con la decisión la parte actora, en memorial presentado en tiempo la recurrió en apelación (fl. 125), y al iniciar la sustentación del recurso (fls. 135 y ss.), se ratifica en todo lo expuesto en la demanda; luego, citando el artículo 361 del C. de P. C., en sus numerales 2 - 3 y 4, presenta con el escrito de alegato los documentos que relaciona en el mismo para que sean apreciados como prueba. En su parte final solicita se recepcionen unos testimonios y anexa copia de un declaración que rindió ante la Procuraduría provincial de Bogotá (fl. 144), en la cual denuncia irregularidades en la elección del señor Manuel Vicente Rozo, igualmente copia del memorial que envió a la misma Procuraduría denunciando unos hechos (fl. 146). Por lo demás, el contenido del escrito de sustentación, se remite a criticar la actitud que frente al proceso han asumido el H. Tribunal de Cundinamarca, y la Procuradora Segunda Judicial Administrativa. Del primero, dice haber omitido el trámite de una tacha de falsedad por adulteración en el escrito de contestación a la demanda así como el traslado de este hecho a la justicia penal. Igualmente, no haber tenido en cuenta las pruebas por hechos dolosos que dice la apelante haber allegado al proceso, mediante las cuales, se configuran y prueban delitos como el de prevaricato. Así mismo no haber llamado a declarar a los testigos citados en la demanda.

De la segunda, aduce que su concepto, por mutilaciones de las palabras es incoherente y por lo tanto, nulo. Además, al afirmar que con las copias de la denuncia presentada ante el Juzgado municipal y otras allegadas al proceso, no se podía dar por demostrado el hecho de transportación de votantes, incurre en falso testimonio, por tratarse de hechos ciertos y cumplidos.

Relaciona en su escrito una serie de hechos diferentes a los de la demanda, e invoca otras causales distintas a las del libelo a más de hacer acusaciones por "favorecimiento" a los funcionarios intervinientes, aspectos que serán tratados más adelante.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora séptima Delegada en lo Contencioso (E), señala en su concepto que son dos los cargos en que se apoyan las pretensiones:

a.- Violación del artículo 316 de la C.N., por cuanto en las elecciones a que se refiere este estudio, "hubo transportación de votantes, de personas que sufragaron a favor del señor Rozo, sin ser vecinos del municipio, hechos que fueron denunciados ante el Juez Promiscuo Municipal y ante la autoridad penal, y b.- Transgresión del artículo 223, numerales 4 y 5 del C.C.A. "ya que se computaron votos a favor del alcalde electo, con violación del sistema del cuociente electoral, además de no reunir el señor Manuel Vicente Rozo las calidades constitucionales o legales para ser electo, existen contra él varias demandas penales vigentes".

Respecto al **primer cargo**. Considera la representante del Ministerio Público que debe denegarse, "por cuanto el hecho en que apoya dicha transgresión no genera la nulidad que pretende el libelista...", el precepto indicado no exige como causal de nulidad la votación de personas ajenas al municipio en las elecciones de autoridades locales, lo que bien puede observarse en los casos contemplados en el artículo 223 del C.C.A., que las enuncia de manera taxativa. Tampoco el artículo 1 de la ley 2 de 1992 la consagra; esta norma contiene una sanción de tipo penal en caso de que el elector declare bajo juramento residir en dicho municipio faltando a la verdad, "sin que la misma se pueda tener como una de las causales de nulidad... constituiría sí una irregularidad que en su oportunidad debió ser subsanada por la Registraduría Nacional del Estado Civil con sede en Guayabetal, quien es la encargada de la conformación de la lista de sufragantes y demás preparativos para cumplir a cabalidad con el proceso electoral al igual que la confrontación de la firma de votantes y la verificación de la residencia del elector".

En cuanto al **segundo cargo**. La Agencia Fiscal afirma que no tiene asidero legal, ya que una cosa es, el cuociente electoral y otra el concepto de sistema como bien definido lo tiene la Cooperación. Solicita en conclusión se confirme la sentencia.

Como no se observan vicios de nulidad que afecten la actuación, se procede a dictar proveído previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

A manera de introducción debe recordar la Sala, que en el proceso electoral conforme lo señala el precepto general contenido en el artículo 137 del C.C.A., las pruebas con las que el actor pretenda demostrar los hechos en que funda sus pretensiones, deben ser solicitadas con la demanda o en el escrito de corrección, y de acuerdo al artículo 233 numeral 4 *ibídem*, el demandado está facultado para hacer uso de ese derecho dentro del término de fijación en lista.

La actora, acompaña al escrito de sustentación del recurso varios documentos (fls. 141 y ss.), y solicita la recepción de unos testimonios, con la finalidad de probar los hechos de la demanda, pruebas que la Sala no puede tener en cuenta ni decretar, no

solo por ser extemporáneas sino porque de acuerdo al artículo 251 del C.C.A., en la segunda instancia de los procesos electorales, no hay período de pruebas.

Hecha la anterior precisión, se procede a revisar la sentencia apelada, para establecer si su contenido se ajusta a la previsión del artículo 305 del C. de P.C., es decir, si está en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y su corrección.

Para el examen se parte de esta base dado que, los planteamientos de la actora en su memorial de sustentación, apuntan a explicar, a veces de manera confusa, omisiones en el procedimiento por parte del Tribunal de Instancia, así como hechos y pruebas, que según estima, no se apreciaron en el fallo y para facilitar el estudio se adopta el siguiente orden:

I. Las pretensiones

Tienden a obtener la nulidad del acto de elección del Alcalde de Guayabetal Cundinamarca, declarada por la comisión escrutadora municipal y la cancelación de su credencial, así mismo la elección de quien le siguió en lista.

II. Hechos

En la demanda la actora no indicó los hechos fundamento de la acción, lo hizo en escrito de corrección por requerimiento del Magistrado Ponente (fl. 17). Textualmente expresa:

> (...)
> HECHOS Y OMISIONES
>
> 1.- El día 2 de febrero de 1992 a las 2.25 PM se inscribió ante la Registraduría del municipio de Guayabetal-Cundinamarca el señor MANUEL VICENTE ROZO, con CC. No. 17.306.340 como candidato para la Alcaldía de Guayabetal Cundinamarca para el período (sic) 1992-1994 a nombre del MOVIMIENTO CONVERGENCIA CIVICA, según formulario E-9 cuya fotocopia está AUTENTICADA y la adjuntamos.
>
> 2.- El día 8 de marzo de 1992, en el municipio de Guayabetal-Cundinamarca, día en que se realizaron las elecciones para la elección de Alcalde para el citado municipio se presentaron las siguientes irregularidades:
>
> A) En el transcurso de las votaciones para Alcalde del mencionado municipio, se presentaron a VOTAR en forma ilegal unos ciudadanos que no residían en Guayabetal, y por lo tanto NO PODIAN votar allí, HECHOS que fueron puestos en (sic) conocimiento de las autoridades competentes y hoy cursan procesos relativos a ellos en el Juzgado de Instrucción Criminal # 108 de Cáqueza-Cundinamarca bajo el expediente 433 (433), y la Procuraduría Provincial de Bogotá por intermedio de la Doctora Yolanda Díaz delegada de la misma, abrió investigación según proceso radicado bajo el número 025-121745.

B) En el mismo transcurso de las mencionadas votaciones se presentó COMPRA DE VOTOS a favor del candidato MANUEL VICENTE ROZO, hoy alcalde electo, Y EXISTEN los testigos que declaran bajo la gravedad del juramento, tales irregularidades.

(...)

III. Pruebas

Con el libelo demandatorio se anexaron las siguientes:

1. Resultado del escrutinio del municipio de Guayabetal Formulario E-24 (fl. 4).

2. Acta parcial de escrutinio formulario E-28 (fls. 5 y ss.).

3. Fotocopia del acta general de escrutinio (fl. 7).

4. Fotocopia de la denuncia penal formulada ante el Juez Promiscuo Municipal de Guayabetal.

Se solicitó, además, oficiar al mencionado Juzgado para que remitiera todo lo actuado dentro del proceso que allí se adelanta por transportación ilegal de votantes o trasteo electoral, hacia el mismo municipio.

En auto del cinco (5) de junio de 1992, sin ninguna excepción se decretaron, únicamente, pruebas de la actora, puesto que la parte demandada en este sentido, guardó silencio y al efecto a folios 53 y ss. del expediente se observa en copias la actuación penal solicitada. Es decir, que los medios probatorios invocados por aquélla en la demanda, para demostrar lo pretendido, fueron en su totalidad aportados al proceso.

El *A-quo*, como bien se advierte, limita su examen al contenido de la demanda y su corrección, es decir, a los aspectos antes referidos y luego de analizados frente al artículo 316 de la C.N., y 1 de la ley 2 de 1992 que se indican como transgredidos y los numerales 4 y 5 del artículo 223 del C.C.A., que consagran las causales de nulidad invocadas, adopta la decisión desestimatoria de la demanda al considerar que, el supuesto fáctico alegado como generador de nulidad del acto eleccionario, en el primer caso, no es violatorio de esas normas porque ninguna de las dos, erige como causal de nulidad el hecho de que personas no residentes en determinado municipio voten en las elecciones de autoridades locales y si bien lo prohiben no indican las consecuencias que para una elección pueda tener la circunstancia de que hubieren votado personas en contravía de tales disposiciones y en el segundo, porque esa misma circunstancia de hecho no es coincidente con ninguno de los casos de nulidad señalados por el artículo 223.

En efecto, según el numeral 4, art. 223, la causal de nulidad se presenta "cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado por la Constitución Política y leyes de la República", lo cual queda descartado tratándose de la elección para un solo cargo como es la de alcalde municipal. El sistema del cuociente electoral está diseñado para que opere con

respecto a elecciones en donde se tenga que proveer más de un puesto, conforme lo contempla el artículo 263 de la C.N.

Ahora, la causal contenida en el numeral 5, se da cuando se computan votos a favor de candidatos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser electos, "lo cual, de ninguna manera puede ocurrir cuando el hecho se origina en el proceso mismo de las elecciones, como, en efecto, ocurre cuando sufragan personas que no estaban habilitadas legalmente para hacerlo".

El otro aspecto alegado por la actora trata de "compra de votos a favor del candidato Manuel Vicente Rozo" quien a la postre salió electo alcalde. Respecto a esta acusación como bien lo dice el *A-quo*, no se indica qué norma de superior jerarquía resulta afectada con el acto administrativo impugnado, o la causal que contemple como nulidad esa circunstancia, y menos aún se solicitó prueba alguna para demostrarla, es decir, la demandante planteó el hecho pero olvidó completamente que este por si solo no puede producir ningún efecto frente a situaciones jurídicas causadas, que en tratándose de actos de elección como en el *sub-lite*, solo pierden consistencia jurídica cuando se alega y acredita procesalmente, alguna de las causales taxativas enumeradas en el artículo 223 del C.C.A.

Del anterior análisis, encuentra la Sala que el fallo recurrido es congruente con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y corrección, por tanto, carecen de fundamento los planteamientos que hace la actora en el memorial sustentario del recurso.

De un lado señala varias omisiones en que, según estima, incurrió el Tribunal, no solo en el procedimiento sino al proferir sentencia. Por ejemplo; aduce que no se tramitó ni se le dio traslado a la Jurisdicción Penal, de una tacha de falsedad por adulteración en el escrito de contestación a la demanda, pero al examinar la actuación se observa que la demandante no presentó ningún escrito haciendo esa manifestación, dentro de las oportunidades indicadas en el artículo 289 del C. de P. C., para que el *A-quo* estudiara su viabilidad y solo se refiere a ese hecho en el alegato de conclusión cuando ya le habían precluido los términos. Además, en la parte final de la sentencia se dispuso la compulsación de copias con destino a la Fiscalía General de la Nación de todos los documentos pertinentes para la investigación de los hechos punitivos a que alude la demandante e igualmente, del alegato de conclusión poniendo en conocimiento del Procurador Delegado para la vigilancia judicial las acusaciones que allí se hacen a los servidores públicos que han actuado en este proceso.

Se duele así mismo, de que el Tribunal no tuvo en cuenta las declaraciones rendidas por varias personas ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Guayabetal, con las cuales demostraba los hechos alegados.

Respecto a este punto, es oportuno aclarar que la actora en la demanda no se refiere de manera concreta a la prueba testimonial a que alude; solicitó oficiar al antecitado Juzgado para que remitiera "todo lo actuado dentro del proceso por transportación ilegal de votantes..." y que al ser decretada oportunamente se allegó al proceso como consta a folios 52 y ss.

Pero al ser analizada y valorada en la sentencia como único elemento de juicio presentado para demostrar las circunstancias fácticas alegadas, el *A-quo* la desestimó por tratarse de una prueba trasladada en la cual no se dan los presupuestos del artículo 185 del C. de P.C., es decir, en el proceso primitivo no fueron practicadas a petición del demandado alcalde, sino por un número determinado de personas distintas como se aprecia a folio 55, ni tampoco con audiencia de aquél.

De otro lado, el recurrente introduce en el escrito de sustentación, una serie de hechos nuevos, ajenos a los controvertidos en la primera instancia, y con base en éstos, invoca causales de nulidad diferentes a las analizadas, ignorando por completo el desarrollo legal del proceso en sus diferentes etapas así como principios que lo rigen, especialmente los del debido proceso, preclusión, contradicción y publicidad. Estas circunstancias por ser extrañas al proceso mismo, no merecen análisis de fondo; confluyen a demostrar de manera reiterativa conductas atípicas que ya se están investigando y se dispuso investigar por la Jurisdicción competente, que no es la administrativa y sobre cuyos supuestos pretende la actora estructurar causales de nulidad por fuera de las taxativas contempladas en el artículo 223 del C.C.A.

En conclusión, la Sala está de acuerdo con la decisión que se revisa en virtud de apelación y con los argumentos que expone el Tribunal para proferirla, puesto que se ciñen a la ley, debiéndose por tanto confirmar la sentencia conforme lo solicita la Procuradora Séptima Delegada (E) en su concepto, que igualmente se comparte en su integridad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de septiembre de 1992, mediante la cual, denegó las pretensiones de la demanda y dispuso expedir y enviar al Fiscal General y Procurador Delegado para la vigilancia judicial, fotocopias de documentos para las investigaciones pertinentes.

SEGUNDO: En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel Viana Patiño,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONCEJAL-Inhabilidades/**EMPLEADO PUBLICO**-Inexistencia

Acreditado que el demandado fue miembro de la Junta Directiva de la Beneficencia del Valle del Cauca, y que se le aceptó su renuncia del cargo el 4 de septiembre de 1991 e igualmente, que a pesar de esa renuncia actuó como representante de la Asamblea en sesión de la Junta el 23 de los mismos mes y año, también lo es, que esa condición de miembro de la Junta no le daba la de funcionario o empleado público, por disponerlo así el artículo 278 del Decreto 1222 de 1986 y al no gozar de dicha investidura, podía aspirar como candidato a diputado para el mismo departamento en las elecciones del 8 de marzo de 1992, puesto que no estaba incurso en la causal de inhabilidad alegada por el actor.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Ref.: Expediente No. 0832. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA. ACTOR: *Adolfo León Escobar Domínguez*

Para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 14 de agosto de 1992 proferida por el H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, ha llegado a esta Corporación el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

I. La acción y sus fundamentos

El ciudadano Adolfo León Escobar Domínguez por medio de apoderado, en escrito obrante a folios 41 y ss., solicita la nulidad del acto fechado el 15 de marzo de 1992, por el cual, los delegados del Consejo Nacional Electoral y del Registrador Nacional del Estado Civil declararon electo al señor ALBERTO QUINTERO HERRERA como Diputado de la Asamblea del Valle del Cauca, para el período constitucional 1992-1994 y la cancelación de su credencial.

Aduce el actor, que el señor Quintero Herrera estaba inhabilitado para postularse como candidato a la DUMA del Valle en las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1992, por cuanto fue miembro de la junta directiva de la beneficencia del mismo departamento dentro de los lapsos de tiempo previstos en el artículo 2 de la ley 28 de 1979, hecho que se desprende de su participación en la junta de que da cuenta el acta No. 622 del 23 de septiembre de 1991, obrante a folios 8 y ss.; considera por tanto violada la anterior disposición y el artículo 46 del Decreto 1222 de 1986.

II. Contestación de la demanda

El Procurador Judicial del electo Diputado en memorial visto a folios 62 y ss., solicita se nieguen las declaraciones pedidas en la demanda teniendo en cuenta que éste "en el momento de las elecciones ya no era miembro de la Junta Directiva de la Beneficencia del Valle del Cauca", renuncia que presentó el 3 de septiembre de 1991 y le fue aceptada al día siguiente por medio de la resolución No. 322A expedida por la Comisión de la mesa de la Asamblea del Valle, habiéndose designado en el mismo acto su reemplazo.

Considera así mismo el apoderado que el artículo 8 del Código Electoral que se invoca como violado, fue derogado expresamente por el artículo 380 de la actual constitución. Además, que conforme al artículo 278 del Decreto 1222 de 1986, "los miembros de las Juntas o Consejos directivos, no adquieren por ese solo hecho la calidad de funcionarios públicos" y "por su naturaleza y funciones no ejercen autoridad civil, judicial, administrativa o militar, que les permita abusar frente a otros ciudadanos que se postulan para cargos de elección popular..."

III. Sentencia recurrida (fls. 97 y ss.)

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, luego de analizar los elementos de convicción presentados por las partes, y el contenido de los artículos 299 y 179 de la actual constitución que transcribe textualmente, llega a las siguientes conclusiones:

No es menester razonar en demasía para llegar a la conclusión de que los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas no son funcionarios públicos (o empleados públicos), pues, la ley es clara al respecto y el punto ha sido definido por la Jurisprudencia. La claridad sobre el punto emana del artículo 278 del Decreto 1222/86 que reza: **"Los miembros de los consejos (sic) directivos aunque ejerzan funciones públicas, no adquieren por este solo hecho la calidad de funcionarios públicos..."**

La Jurisprudencia del H. Consejo de Estado si bien ha destacado la situación de privilegio en que se hallan los miembros de las juntas o consejos directivos para acceder al potencial electoral, ha reafirmado que no son funcionarios públicos y que no gozan de autoridad con la cual pudieran coaccionar los electores.

CONCLUSION Y RESOLUCION:

Es obvio que no concurriendo en el demandado Quintero Herrera la calidad de funcionario o empleado público en los doce meses anteriores a la elección de diputado, así se hubiera desempeñado (sic) como miembro de la Junta Directiva de la Beneficencia del Valle, no puede predicarse la inhabilidad que le endilga la demanda. Por tal razón las pretensiones no pueden prosperar.

V. La apelación

Por ser contraria a sus pretensiones, el actor recurrió la decisión del *A-quo* solicitando su revocatoria. En el mismo escrito de apelación (fls. 107 y ss.), al sustentarlo, insiste en el hecho, que además estima probado, de que el demandado antes de los seis (6) meses de las elecciones del 8 de marzo de 1992, hacía parte de la Junta Directiva de la beneficencia del Valle y por tanto estaba inhabilitado para ser candidato a la Asamblea, de acuerdo a lo previsto en el artículo 8 de la ley 28 de 1979. Por lo demás, reitera lo expresado en la página 5 de la demanda.

VI. Concepto del Ministerio Público

La señora Procuradora Séptima (E) Delegada en lo Contencioso solicita que se confirme el fallo apelado, porque la calidad de miembro principal de la Junta de Beneficencia del Valle del Cauca, la ostentó el electo diputado hasta el día 4 de septiembre de 1991, fecha en la cual la Asamblea de este departamento le aceptó la renuncia, mediante resolución No. 322A (fls. 60 y 61), o sea que para la fecha en que se celebraron los comicios, 8 de marzo de 1992, no se hallaba incurso en la inhabilidad consagrada en las normas citadas como infringidas por el accionante. Además, los miembros de la Junta Directiva del antecitado establecimiento público, no ostentaban la calidad de empleados públicos, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 18 del Decreto 3130 de 1968, concordante con el artículo 5 del Decreto 1950 de 1973.

CONSIDERACIONES

La Sala observa, que la pretensión de nulidad del acto de elección del señor Alberto Quintero Herrera como diputado a la Asamblea del Valle del Cauca, para el período 1992-1994, se apoya en un solo cargo, haber sido dicho ciudadano miembro principal de la Junta de Beneficencia del mismo departamento, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la justa electoral, 8 de marzo de 1992, en que resultó favorecido con el voto popular. Esta circunstancia representaba para el señor Quintero Herrera un obstáculo legal que le impedía aspirar como candidato al cargo que ahora ostenta, es decir, estaba inhabilitado para el mismo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 de la ley 28 de 1979, que al efecto transcribe a folio 44 y que invoca como transgredido.

Para demostrar el hecho impeditivo alegado, el actor allegó con la demanda copia del acta No. 622 del 23 de septiembre de 1991 (fl. 8), de la Junta Directiva de la Beneficencia del Valle, de la que se desprende claramente la participación del demandado en ese acto como representante de la Asamblea Departamental. Así mismo de las actas posteriores números 623, 624, 625 y 626, esta última de fecha 17 de diciembre de 1991, en las que, si bien ya no aparece interviniendo, tampoco consta en ninguna de ellas que hubiera renunciado o se le hubiere nombrado su reemplazo, aspecto este último que solo tuvo ocurrencia en el mes de febrero de 1992.

El demandado por conducto de su apoderado y con el propósito de desvirtuar los fundamentos de la demanda, con el escrito de contestación aportó copia auténtica del memorial fechado el 3 de septiembre de 1991 (fl. 61), mediante el cual renuncia al cargo de miembro principal de la Beneficencia del Valle ante la mesa directiva de la Asamblea Departamental, renuncia que fue aceptada según consta en la resolución No. 322A del 4 de septiembre del mismo año expedida por la Comisión de la mesa que en copia auténtica obra a folio 60 del expediente, habiéndose nombrado en el mismo acto su reemplazo, agrega además, que la inhabilidad atribuida a su mandante solo cobija a las personas que tengan la condición de funcionarios públicos, conforme lo disponen los artículos 179, numeral 2 y 299 de la actual constitución y los miembros de las Juntas o concejos directivos aunque ejerzan funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho tal calidad, según la preceptiva del artículo 278 del Decreto 222 de 1986.

El *A-quo* partiendo del hecho comprobado mediante documentos públicos, de que el Diputado Quintero Herrera se desempeñó como miembro de dicha junta hasta el 4 de septiembre de 1991, consideró preciso determinar si ello le daba la calidad de funcionario o empleado público, "pues es el presupuesto que unido al del ejercicio de la jurisdicción o la autoridad configuran la inhabilidad en comento". En efecto, al analizar este último punto su conclusión se identifica plenamente con el argumento expuesto por el demandado, lógicamente con apoyo en la ley.

La Sala, no es ajena a esa unidad de criterios y los comparte bajo el supuesto del artículo 299 de la C.N., que asimila respecto a los diputados el régimen de inhabilidades e incompatibilidades contemplado en el artículo 179, de la carta para los congresistas; aspecto que se infiere del contexto mismo de la primera disposición, cuando en su inciso tercero al deferir dicho régimen a la ley, expresa que, "No podrá ser

menos estricto que el señalado para los Congresistas en lo que corresponda", es decir, que el constituyente a pesar de dejarle al legislador la precisión de ese régimen, de todas maneras fijó un marco de referencia en materia de inhabilidades e incompatibilidades para las personas que aspiren a ser Diputados.

En ese entendimiento el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución, impide ser congresista a "quienes hubieren ejercido como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección", o sea, que conforme a esta disposición es necesario, como bien lo hace el Tribunal, determinar en primer lugar si la persona cuyo acto de elección se cuestiona, fue funcionario público, puesto que si ostentó esa calidad, dentro del término de la inhabilidad, es menester establecer si ejerció el cargo con jurisdicción o alguno de los casos de autoridad que señala no sólo esta disposición, sino también los artículos 8 de la ley 28 de 1979 y 46 del decreto 1222 de 1986, estos dos últimos invocados como violados en la demanda.

En el caso a estudio, si bien es cierto está ampliamente acreditado que el demandado fue miembro de la Junta Directiva de la Beneficencia del Valle del Cauca, y que se le aceptó su renuncia del cargo el 4 de septiembre de 1991 e igualmente, que a pesar de esa renuncia actuó como representante de la Asamblea en sesión de la Junta el 23 de los mismos mes y año, también lo es, que esa condición de miembro de la Junta no le daba la de funcionario o empleado público, por disponerlo así el artículo 278 del Decreto 1222 de 1986 y al no gozar de dicha investidura, podía aspirar como candidato a diputado para el mismo departamento en las elecciones del 8 de marzo de 1992, puesto que no estaba incurso en la causal de inhabilidad alegada por el actor.

Como la Procuradora Séptima (E) Delegada en lo Contencioso acoge el criterio en este sentido expuesto en el fallo, que es semejante al de la sección, éste será confirmado tal como aquella lo solicita.

Obrando en armonía con lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Quinta—, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca —agosto 14 de 1992—, en la cual no se accedió a lo solicitado en la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia vuelva a su lugar de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel Viana Patiño,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONTRALOR-Inhabilidades/**CARGO PUBLICO/SUSPENSION PROVISIONAL**-Procedencia.

Hay prohibición para ser elegido Contralor si se ha desempeñado un cargo público durante el último año, que en el presente caso corrió desde junio de 1991 al 31 de mayo de 1992, y el demandado ocupó el cargo de Contralor Municipal desde el 14 de mayo de 1992 y hasta el primero de junio del mismo año.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Quinta.

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

CONSEJERA PONENTE: *Doctora Miren de La Lombana de Magyaroff*

REF.: Expediente No. 920. ACTOR: *Antonio Abuchaibe Manrique*

Procede la Sala a resolver de plano, conforme lo ordena el artículo 155 del C.C.A., tal como quedó subrogado por el artículo 33 del Decreto 2304 de 1989, el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado el 29 de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cuanto decretó la suspensión provisional del acto que declaró la elección del señor Luis Miguel Medellín Vargas como Contralor Municipal.

Dan cuenta los autos que el señor Manuel Abuchaibe Manrique obrando como Alcalde Especial de La Calera (Cundinamarca) instauró demanda de nulidad de carácter electoral contra el acto antes citado.

En acápite especial, dentro de la misma demanda, solicitó la suspensión provisional del acto acusado por considerar que hay una ostensible violación de los artículos 282 inciso 5o. y 272, inciso 8o. con base en los siguientes argumentos:

Considera que el texto de la primera de las disposiciones que invoca es claro en el sentido de que es inconveniente que el Contralor continúe en sus funciones más allá del período que para el cual fue elegido.

En el presente caso, precisa, el señor Luis Miguel Medellín fue nombrado como Contralor Municipal el 14 de mayo de 1992 y su desempeño se produjo hasta el fin del período, 31 de mayo del mismo año, siendo nombrado para desempeñar el mismo cargo en el período siguiente.

En relación con la segunda de las disposiciones invocadas expresa que hay prohibición para ser elegido como Contralor si se ha desempeñado un cargo público durante el último año, que en el presente caso corrió desde el 1o. de junio de 1991 al 31 de mayo de 1992, y el señor Medellín ocupó el cargo de Contralor Municipal desde el 14 de mayo de 1992 y hasta el 1o. de junio del mismo año.

Al Tribunal en providencia de 29 de octubre de 1992, en la cual admitió la demanda, decidió suspender provisionalmente el acto acusado, con base en los siguientes fundamentos:

Analiza el inciso 5o. del artículo 272 de la C.N. (por entender que la cita del Artículo 282 se debió a un error mecanográfico, según deduce del texto del libelo) para concluír que su violación sólo puede analizarse al momento del fallo, etapa procesal en la que es viable estudiar si el ejercicio del cargo por el término concreto equivale al desempeño del mismo por el período anterior.

En relación con el inciso 5o. del artículo 272 de la C.N. consideró que el texto constitucional no distingue sobre la calidad en la cual se desempeña el cargo ni el período del mismo.

Concluye que el cargo fue desempeñado por el señor Medellín durante el último año, es decir, el anterior a la fecha de su elección como Contralor Municipal por lo que, concluye, es ostensible la violación del texto y procede la suspensión del acto.

Por intermedio de apoderado el señor Luis Miguel Medellín apela del proveído anterior para que esta Corporación se abstenga de suspender el acto acusado e incluso se dé por terminado el proceso declarando la caducidad de la acción electoral.

Manifiesta que la suspensión provisional como medida accesoria solo procede cuando la acción principal se intenta en tiempo y en el presente caso ésta última estaba caducada cuando se instauró la demanda.

Precisa que el 4 de agosto se hizo la elección y que antes del 29 de agosto el elegido presentó la documentación necesaria para su posesión.

La documentación le fue devuelta por lo que el 30 de mayo de 1992 ofició al Concejo Municipal manifestando la aceptación del cargo en forma expresa.

Si el elegido aquí demandado aceptó tácitamente el cargo antes del 29 de agosto, también se había notificado por conducta concluyente antes de la citada fecha. En consecuencia la fecha cierta para establecer la oportunidad de la acción es la antes vista y, por lo mismo, la demanda resulta extemporánea.

Agrega que, caducada la acción, no hay Juez competente para conocer de la misma por lo que el auto admisorio se dictó sin competencia para ello, lo que genera la nulidad de lo actuado, que debe decretarse de oficio al tenor de lo dispuesto por el artículo 145 del C. de P.C. aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A.

Por último manifiesta que el actor no invoco ninguna de las causales previstas en el artículo 223 del C.C.A. que son las únicas que pueden mencionarse para solicitar una nulidad en estos juicios.

Se observa:

Del recuento anterior se deduce fácilmente que la parte recurrente ataca el auto del 29 de octubre de 1992, que considera dictado sin competencia por entender que la demanda fue presentada en forma extemporánea y no contiene invocación de causal alguna de las previstas en el artículo 223 del C.C.A.

Ahora bien, es claro que el presente negocio llega a la Corporación para estudiar el auto del 29 de octubre de 1992, citado, pero sólo en cuanto a la disposición relativa a la suspensión provisional que contiene, única contra la cual cabe el recurso de apelación, en este caso.

A su turno, esta Sala solo es competente para avocar el conocimiento de la apelación en cuanto concede o niega la medida cautelar en mención; el conocimiento del proceso sigue siendo del Tribunal.

Resulta evidente que en el caso en estudio, la demanda fue admitida por el Tribunal y que continúa su trámite legal (sólo suspendido en cuanto al decreto de suspensión provisional por efecto de su apelación), por lo cual los argumentos contra la admisión de la demanda no son de recibo para los efectos de revocar la suspensión provisional por resultar impertinentes.

Lo propio sucede con la petición a esta Corporación de declarar de oficio la nulidad de lo actuado por las mismas razones anotadas.

Por último como la Sala comparte las razones expuestas por el Tribunal para suspender provisionalmente el acto acusado, el proveído apelado debe ser confirmado.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Confirmar el numeral 2 del auto de 29 de octubre de 1992, objeto del presente recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del 18 de diciembre de 1992.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; *Miren de La Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel Viana Patiño,*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

INDICE DE AUTORES
IV TRIMESTRE DE 1992
TOMO II

Página

A

ABELARDO CORTES	1415, 1421
ADOLFO LEON ESCOBAR DOMINGUEZ	1511
ALBA QUIMICA DE COLOMBIA LTDA	767
ALBA RAQUEL SIERRA DE CARRILLO	512
ALEJANDRO ARTURO ARRIETA MENDOZA Y OTROS	454
ALFONSO GOMEZ CASTAÑO	674
ALFONSO LUGO	214
ALFONSO MALAVER GARCIA	1258
ALIX BUSTAMANTE DE GORDILLO	612
ALKIL LTDA.	958
ALMACEN DIMELCO- SOCIEDAD DE HECHO	1021, 1025
ALPOPULAR	745
ALVARO JOSE ROSALES DONADO Y OTROS	1337
ALVARO LARA SAMBRANO	1480
ALVARO OROZCO SARMIENTO	1456
ANA MARLEN TINOCO BELTRAN Y OTROS	1338
ANSELMO ORTIZ PATIÑO	1446
ANTONIO ABUCHAIBE MANRIQUE	1517
ARMANDO ORDOÑEZ MUÑOZ	45
ASEGURADORA COLSEGUROS S. A..	1152
ASINARCO LTDA	33
AUGUSTO ANTONIO SALAS BADRAN	1309
AUTOS FRANCIA LTDA.	722
AVIONES DE COLOMBIA S.A.	1039

B

BAVARIA S.A. 1089
BERLINDA PERDOMO DE FERIZ Y OTROS 267
BERTHA REYES DE RODRIGUEZ Y OTROS 86

C

CAJA SOCIAL DE AHORROS S. A. 751, 754
CAMILO E. RAMIREZ BAQUERO 716, 1072
CANO NAVARRRO Y CIA. LTDA. 867
CARLOS ALBERTO HERNANDEZ 1380
CARLOS ALBERTO HERNANDEZ 1426
CARLOS EDUARDO BERMUDEZ 822
CARLOS EMILIO PAEZ LADINO 1367
CARLOS GALINDO PINILLA 915
CARMEN AMINTA ESCOBAR MEJIA Y OTROS 57
CERAMICAS DEL VALLE LTDA. 889
CESAR AUGUSTO SOLANILLA CHAVARRO 1401
CIRCULO DE LECTORES S.A. 1169
CLAUDIO JIMENEZ OLIVARES Y OTROS 637
COLCHONES RESORTADOS EL ENCANTO LTDA. 1162
COLVENTAS LTDA. 936
COMERCIALIZADORA DE ALIMENTOS S.A. 1147
COMERCIALIZADORA EL PROVEEDOR LTDA. 1134
COMUNIDAD DE PROPIEDAD HORIZONTAL EDIFICIO SAN MARTIN 1047
CONCRETOS DIAMANTE S.A. 984
CONSERVAS DE COLOMBIA 995
CORPORACION FINANCIERA SANTANDER S.A. 1028

D

DPTO. DE ANTIOQUIA 1277, 1452

E

ECOPETROL 796, 801, 803
EDIFICIO CRISTOBAL COLON 775
EDINSON CASTILLO MESINO 1467
EDITORIAL LABOR COLOMBIANA LTDA. 945
ENRIQUE CASTRO RINCON 1262

ESSO COLOMBIANA LTDA. 953
EVERREADY DE COLOMBIA S. A. 1199

F

FROSST LABORATORIES INC. 855

G

GERMÁN AGUDELO GOMEZ 98
GERMAN ARELLANO OSORIO 1112
GLORIA INES CADAVID DE VARGAS 310
GONZALO GOMEZ Y CIA- SOCIEDAD EN COMANDITA 1139

H

HAROLD RAUL ROSERO POLO Y OTROS 597
HECTOR RODRIGUEZ CRUZ 1245
HUGO GIL PINZON 246

I

INCORA 222, 440
IND. E INVERSIONES SAMPER S.A. 694
INMOBILIARIA INTERNACIONAL LTDA. 1177
INVERSIONES DEL SUR LTDA. 849
INVERSIONES LEASING S.A. 757
ISARAEL RUEDA MIRANDA 204

J

JAIRO ARBELAEZ ARIAS 1285
JARAMILLO PUBLICIDAD LTDA. 836
JAVIER CARDOZO MENDOZA 126
JHON JAIRO DE JESUS GOMEZ GIRALDO 1489
JORGE HORACIO VILLEGAS Y OTROS 561
JOSE ANIBAL ARBELAEZ OCAMPO 1217
JOSE JOAQUIN CASTAÑO RAVE Y OTRA 167
JUAN JULIO BECHARA MARTINEZ Y OTRO 520
JUAN MANUEL OROZCO FANDIÑO 1406

L

LA NACION	678
LA NACION	1332, 1448
LABORATORIOS AYERST HORMONA S.A.	1102
LEONOR VARGAS Y OTROS	463
LIDYA ROSAS DE NOGUERA	378
LIGIA SARMIENTO DE PEÑA	1010
LORENZO ANTONIO MENDOZA MEDINA	906
LUIS A. SUAREZ A.	1422
LUIS ALFONSO GALVES GARCIA	1358
LUIS ALFONSO URREGO LEON Y OTROS	80
LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA	1301, 1442
LUIS GUILLERMO NIETO ROA	709, 1077, 1083
LUIS MARIO DUQUE	1005, 1085
LUZ STELLA NIETO AGUDELO	1373

M

MACODYN S.A	10
MARCIAL DE JESUS MONTERO MERCADO	1393
MARGOT DEL SOCORRO AGUDELO DE ANGULO Y/O.	152
MARIA ALBA LOPEZ DE TORRES Y OTROS	483
MARIA AMPARO GALVIS CASTRO	646
MARIA DEL PILAR QUINTERO	77
MARIA FRANCISCA NARVAEZ RUIZ	621
MARIO GUILLERMO PUERTA GALLO	629
MARIO SALDARRIAGA Y OTROS	289
MARKETING Y REPRESENTACIONES LTDA	671
MARTHA RIOS LEIVA Y OTROS	236
MEDARDO SERNA VALLEJO	28
MERCEDES RAMOS BALTAN	178
METALCOL LTDA	1230
METALCOL LTDA.	1185
MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ M.	226
MIGUEL IGNACIO GOMEZ ESPINDOLA	590
MIGUEL LINERO DE CAMBILL	1472
MILCHEM WESTERN HEMISPHERE INC.	660
MIRIAM ROSA CASTRO QUEVEDO	1502
MODA PIEL S.A.	783
MORGAN IGNACIO JIMENEZ	1409
MORRISON KNUDSEN INTERNATIONAL COMPANY	880
MULTICENTROS S. A.	874
MUNICIPIO DE NEIVA	1387

N

NELLY MARIA FUENTES DE MASSO	422
NORWICH COLOMBIANA S. A.	1013

O

OBDULIO QUINTERO LOPEZ	187
OSCAR HELD KLEE	928, 1226

P

PACO WILLIAM BENITEZ DELGADO	1497
PAULINO ALIRIO NOPE ALFONSO Y OTRO	1345
PEDRO ANTONIO ARAGON APARICIO Y OTRA	114
PEDRO PABLO CONTRERAS JIMENEZ Y OTROS	132
PROCINAL LTDA.	1053
PRODCUTOS ROCHE S.A.	1206
PRODUCCIONES PUNCH	666
PRODUCTOS FAMILIA S.A.	975

R

RAFAEL DARIO POTE Y OTROS	255
RAFAEL MANJARRES ROMERO	418
RAMIREZ JOHNS & CIA.	921, 1118
RAMIRO IGNACIO ARAUJO SEGOVIA	931
RICARDO AUGUSTO RAMIREZ OSPINA	1001
ROBERTO EMILIO YEPES ORTEGA	1354
ROBERTO JIMENEZ CARMONA	1323, 1330
ROBERTO VARGAS BENITEZ	652
RODRIGO ZAMBRANO BEJARANO	207, 552
ROMAN DE JESUS GOMEZ GARCIA	1191
ROSALBA ROMAN SOTO Y OTROS	346

S

SAMUEL RAMIRO GUZMAN	896, 904
SANTAFE DE BOGOTA D.C.	1240, 1272
SANTIAGO FONTALVO FERREIRA	334
SERVICIOS QUIMICOS Y DIDACTICOS LTDA.	1123

SERVICIOS TECNICOS DE INGENIERIA LTDA. 1061, 1070
SHELLIA MARIA ALTAMAR DEL CAMPO 397
SOC. AGRICOLA FORESTAL Y DE INVERSIONES LA COLINA LTDA 279
SOC. ANDINA DE LOS GRANDES ALMACENES S. A. 963
SOC. CONFECCIONES JILBRAN LTDA. 813
SOC. DE APUESTAS CONSOLIDADAS LTDA 318
SOC. GERMAN MORALES E HIJOS LTDA. 829
SOC. URICOECHEA CALDERON Y CIA. LTDA. 354
SOC. URUEÑA E HIJOS LTDA 501
SOCIEDAD SEGUROS ALFA S.A 200
SOFIA OVALLES VDA. DE VERGEL 103
STERLING INTERNATIONAL CIVIL ENGINERING LTDA 738
SUSANO CORREA DE MARTIN Y OTROS 431

T

TIA LTDA. 804
TOMAS BURGOS LOPEZ 536

U

UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL PETROLEO 297
URBANIZADORA ALMERIA LTDA. 1128

W

WALTER ALVARO TORRES RODRIGUEZ 1433

INDICE TEMATICO
IV TRIMESTRE DE 1992
TOMO II

Página

SECCION TERCERA

A

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	214, 296
ACCION DE REPARACION DIRECTA	628, 652
ACTIVIDAD PELIGROSA	86, 536, 132
ACTO CONTRACTUAL	296, 354
ACTO DE ADJUDICACION- Naturaleza	45
ACTO DE REVERSION	296
ACTO DE TRAMITE	9
ACTO DISCRECIONAL	97
ACTO REGLADO	97
ACTO SEPARABLE	354
ADJUDICACION DE BALDIOS	440
ADJUDICACION DE BALDIOS- Procedimientos	333
ADJUDICACION DE BALDIOS- Requisitos	333
ADJUDICACION DEL CONTRATO	97
ADQUISICION DE TIERRAS- Prioridad	440
AMISTAD INTIMA	28
AMPARO DE POSESION	214

B

BALDIOS	333
BIEN DE USO PUBLICO- Inexistencia	519

C

CADUCIDAD	333, 628, 652
CARGA DE LA PRUEBA	45, 552, 636
CARTA DE ABONO	9
CESION DE DERECHOS- Improcedencia	289
CLAUSULA EXORBITANTE- Límite temporal	32
CLAUSULA PENAL PECUNIARIA	33
COMPETENCIA	214, 628
COMPETENCIA POR CUANTIA	204
CONCILIACION	200
CONCILIACION (Salvamento de voto)	202
CONCURRENCIA DE CULPAS	86, 431
CONSCRIPTO	126
CONSEJO DE ESTADO	214
CONTADOR AUTORIZADO	97
CONTADOR PUBLICO	97
CONTRATO ADMINISTRATIVO- Incumplimiento	33, 318
CONTRATO DE CONCESION DE APUESTAS PERMANENTES	318
CONTRATO DE CONCESION- Revisión	296
CONTRATO DE SUMINISTRO- Régimen Aplicable	9
CONTROL JURISDICCIONAL	97, 214, 333
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES	32, 296, 354
CUANTIA	512, 519
CUANTIA- Determinación	204, 636
CULPA PERSONAL DEL AGENTE- Inexistencia	422

D

DAÑO ANTIJURIDICO	103, 177, 378, 397
DEMANDA- Corrección	636
DEMANDA- Interpretación	512
DEMANDA- Requisitos	512
DEMANDA- Requisitos	519
DOTACION DE TIERRAS- Prelación	440

E

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO	628
EQUIDAD	151
ERROR JUDICIAL	57
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD	279
EXPLOTACION ECONOMICA	501
EXPROPIACION	222
EXPROPIACION- Improcedencia	440
EXTINCION DEL DOMINIO	279
EXTINCION DEL DOMINIO- Improcedencia	501

F

FALLA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS- Alcantarillado	255
FALLA DEL SERVICIO	346
FALLA DEL SERVICIO DE EDUCACION	590
FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO	151, 187, 552
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA	151, 177, 187, 245, 267, 453, 483
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO	397
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO- Escolta	621
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO- Señalización	226
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO	536, 132
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO- Retenes	236
FALLA DEL SERVICIO DEL GOES	597
FALLA DEL SERVICIO JUDICIAL	57
FALLA DEL SERVICIO MEDICO	310, 561
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION	552
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA	126, 561
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA- Arma Oficial	103, 267, 431, 453 597, 636, 646
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA- Retenes	646
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA- Vehículo oficial	86, 612, 621 132
FALSA MOTIVACION	45
FUERZA MAYOR- Inexistencia	463

G

GARANTIA DE CUMPLIMIENTO- Exigibilidad 33

H

HEREDERO 207
HIDROCARBUROS 296

I

IMPEDIMIENTO- Causales 28
INCORA 519
INDEMINIZACION DE PERJUICIOS 552, 132, 453
INDEMNIZACION A FORFAIT 245
INFORME SOBRE PROPUESTAS- Naturaleza 9

J

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES 318
JUICIO CIVIL DE POLICIA 214
JURIDISCCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 628
JURISDICCION ORDINARIA 628

L

LEGITIMACION POR ACTIVA 207, 296, 552, 636
LEGITIMACION PROCESAL- Oportunidad 636
LIQUIDACION DEL CONTRATO- Naturaleza jurídica 354
LLAMAMIENTO EN GARANTIA 77, 80

M

MINAS 279
MULTA- Límite temporal 32

N

NOTIFICACION PERSONAL	333
NULIDAD PROCESAL- Improcedencia	200
NULIDAD PROCESAL (Salvamento de voto)	202
NULIDAD PROCESAL- Causales	418

O

OBLIGACION ALIMENTARIA	132
OBLIGACION DE RESULTADO	590

P

PERJUICIOS A LESIONADOS	207
PERJUICIOS MATERIALES A LESIONADOS	245
PERJUICIOS MATERIALES- Reconocimiento	637
PERJUICIOS MORALES- Presunción	177
PLIEGO DE CONDICIONES	9
PLIEGO DE CONDICIONES- Exigencias	97
PODER ESPECIAL	207
POSEEDOR MATERIAL	552
PRESUNCION DE HOMBRE	453
PRESUNCION DE OBLIGACION ALIMENTARIA	132
PRESUNCION DE RESPONSABILIDAD	245
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	77, 512, 519 628
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA	204
PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL	519
PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS	151, 167
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	151, 187, 453, 483
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD	200
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD (Salvamento de voto)	202
PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA	512
PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD	378
PROPUESTA DEL CONTRATO	97
PUBLICACION	333

R

RECURSO DE APELACION	77
RECURSO DE APELACION- Improcedencia	222
REGISTRO MINERO- Inscripción	279
RELACION CAUSAL	296
RESERVA DE BALDIOS- Improcedencia	519
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	318
RESPONSABILIDAD OBJETIVA	378, 167
RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA	57
RESPONSABILIDAD POR OCUPACION PERMAMENTE DE INMUEBLES	628
RESPONSABILIDAD POR RIESGO	114
RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS	167, 628

S

SELECCION DEL CONTRATISTA	9, 97
SENTENCIA INHIBITORIA	636
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA	628
SUCESION PROCESAL	207
SUCESION PROCESAL- Extemporaneidad	289

T

TRAMITE INADECUADO	418

SECCION CUARTA

A

ACCION DE COBRO	888, 1047
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO- Finalidad	1176
ACTA DE INSPECCION	721
ACTA DE INSPECCION CONTABLE- Naturaleza	963
ACTA DE INSPECCION CONTABLE- Traslado	835
ACTA DE INSPECCION TRIBUTARIA- Naturaleza	1205
ACTIVIDAD AVICOLA	936
ACTIVIDAD INDUSTRIAL	936
ACTIVIDAD PRIMARIA	936
ACTIVO EN MONEDA EXTRANJERA	896

ACTIVO FIJO 836
ACTIVO FIJO- Adquisición 958
ACTO ADMINISTRATIVO- Ejecutoria 888
ACTO DE AUTORIZACION 677
ACTO DE TRAMITE 995
ACTO ADMINISTRATIVO- Motivación 722
ACTUACION PROCESAL 1139
ACUMULACION DE PERDIDAS- Procedencia 775
ADICION DE INGRESOS- Improcedencia 963
ADMINISTRACION TRIBUTARIA 835
ADMINISTRACION TRIBUTARIA- Deberes 854
ADMISTIA DE SANCIONES 1112
ADMISTIA TRIBUTARIA 1052
ALCALDE 674
ALCALDE- Funciones 1001
ANEXOS 867
ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS 1039
ANTICIPO 1028
ANTICIPO- Reajustable 1152
APORTES PARAFISCALES- Naturaleza 666
ARGUMENTO NUEVO 795
ARGUMENTO NUEVO (Salvamento de voto) 801
ARGUMENTO NUEVO (Aclaración de voto) 803
AUTO DE SUSTANCIACION 751
AUTO INTELOCUTORIO (Aclaración de voto) 754

B

BANCO DE LA REPUBLICA- Funciones 812
BASE GRAVABLE 1089
BIEN GRAVADO 1168
BIEN GRAVADO- Retiro 1168
BIEN POSEIDO EN EL EXTERIOR 896
BONOS PARA DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA 1072, 1076
BONOS PARA DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA (Aclaración de voto) 1083
BONOS PARA DESARROLLO Y SEGURIDAD INTERNA 709
BONOS PARA EL DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA 716

C

CASA MATRIZ 659
CAUCION 1089

CAUSACION	
CERT- Entrega	812
CERTIFICACION CONTABLE- Ineficacia	756
CERTIFICADO CONTABLE	1013, 1028
CERTIFICADO CONTABLE- naturaleza	974
CESION DE CREDITOS	677
COMERCIANTE- Obligaciones	873
COMISIONES	944
COMPAÑIA DE SEGUROS	1152
COMPETENCIA	821
COMPETENCIA	835
COMPETENCIA FUNCIONAL	782, 879
COMPONENTE INFLACIONARIO	880
COMPROBANTE EXTERNO	983
CONCEJO DISTRITAL	915
CONCEJO MUNICIPAL	1005, 674
CONCILIACION TRIBUTARIA- Improcedencia	666
CONDENA EN COSTAS	1052
CONDENA EN COSTAS (Salvamento de voto)	1059
CONDENA EN COSTAS- Requierimientos	1052
CONGRESO	879
CONSIGNACION BANCARIA	1216
CONTABILIDAD	1205
CONTABILIDAD- Irregularidad	1217
CONTABILIDAD- Valor probatorio	1101
CONTRATO DE PETROLEOS	659
CONTRATO SOCIAL- Inoponibilidad	848
CONTRATO SOCIAL- Validez	848
CONTROL DE CAMBIOS	694
CONTROL DE CAMBIOS (Salvamento de voto)	704
CONTROL DE PRECIOS	1184, 1199 1229
COPIA DEL ACTO	671
COPIA- Valor probatorio	1206
CORRECION ARITMETICA	1123
COSTO	1027
COSTO GLOBAL	1152
COSTO PRESUNTO	1217
COSTO- Improcedencia	945
COSTOS	756, 775, 1146, 1151
COSTOS- Comprobación	1217
COSTOS- Rechazo	1112
CUENTA CORRIENTE DEL IVA	1101
CUENTA CORRIENTE DEL IVA- Manejo	855

D

DECLARACION DE RENTA	1018, 1020
DECLARACION TRIBUTARIA	867
DECLARANTE	896
DEDUCCION	1027
DEDUCCION DE INTERESES- Restricción	756
DEDUCCION POR DEPRECIACION- Requisitos	756
DEDUCCION POR PERDIDA DE BIENES- Improcedencia	757
DEDUCCION POR SALARIOS	944
DEDUCCION- Requisitos	836
DEDUCCIONES	756
DEDUCCIONES	1151
DEDUCCIONES	1152
DEDUCCIONES- Requisitos	804
DECLARACION TRIBUTARIA- Adición	744
DECLARACION TRIBUTARIA- Corrección	757
DECLARACION TRIBUTARIA- Firmeza	835
DELEGACION DE FUNCIONES	674
DEMANDA- Interpretación	812
DEMANDA- Requisitos	671
DEMANDA- Requisitos	812
DEMANDA- Requisitos	1061
DEMANDA- Requisitos (Salvamento de voto)	1069
DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO	704
DERECHO DE DEFENSA	782, 835, 888, 953, 1061
DERECHO DE DEFENSA- Violación	722
DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO	704
DESCUENTO POR DIVIDENDOS	1027
DESCUENTO TRIBUTARIO	1027
DESISTIMIENTO	1052
DESISTIMIENTO (Salvamento de voto)	1059
DEUDA CON CASA MATRIZ	659
DEUDA PERDIDA	804
DEVALUACION MONETARIA	1184, 1229
DEVOLUCION	995, 1018 1020, 1089
DEVOLUCION- Requisitos	1013
DIFERENCIA EN CAMBIO	879, 880
DIVIDENDO	1027
DIVISAS	905
DIVISAS- Aturización	905
DOCUMENTO AUTENTICO	1206
DOCUMENTO AUTENTICO (Salvamento de voto)	691
DOCUMENTOS- Valoración	1128

DOMICILIO SOCIAL- Cambio 848
DOMICILIO SOCIAL- Registro 848
DONACION 1168

E

ENCARGO FIDUCIARIO 804
ENTIDAD FINCANCIERA- Vigilancia 821
ERROR ARITMETICO 867, 1128
ERROR ARITMETICO- Requisitos 1123
ERROR CONTABLE- Corrección 1205
ESTATUTO TRIBUTARIO 1191
EXCEPCIONES PREVIAS 1061
EXCEPCIONES PREVIAS (Salvamento de voto) 1069
EXCEPCIONES- Requisitos 677
EXPENSA NECESARIA 836
EXPORTACION 812

F

FACULTAD IMPOSITIVA 879
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL 674, 915
928, 1001
1005, 1226
FALLO INHIBITORIO (Salvamento de voto) 801
FUERZA MAYOR- Inexistencia 1184, 1229

H

HECHO GENERADOR 1161

I

IDENTIFICACION SOBRE TERCEROS 744
IDENTIFICACION SOBRE TERCEROS- Omisión 744
IMPORTACION 931
IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS 1001, 1005
1226
IMPUESTO A LOS JUEGOS PERMITIDOS 1085
IMPUESTO AL CONSUMO DE CERVEZA 1089
IMPUESTO BASICO DE RENTA 1076
IMPUESTO DE REMESAS- Determinación 738
IMPUESTO DESCONTABLE 958, 1168

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO 936
IMPUESTO JUEGOS ELECTRONICOS 928
IMPUESTO NETO DE RENTA 1076
IMPUESTO SOBRE LA RENTA 804, 836 945, 1027 1028, 1101 1152
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS 766, 921, 931 958, 963, 1013, 1101, 1161
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS- Causación 1168
IMPUESTO- Determinación 1176
INCOMEX- Funciones 782
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO 812
INFORMACION TRIBUTARIA 867
INFRACCION CAMBIARIA- Tipificación 694
INFRACCION CAMBIARIA- Tipificación (Salvamento de voto) 704
INGRESO EN DIVISAS 879
INGRESO FISCAL- Improcedencia 1216
INGRESO NETO 1146
INGRESO NETO- Determinación 1146
INGRESO NO GRAVABLE 880
INGRESO NO GRAVADO 963
INGRESO POR DIVIDENDOS 1151
INGRESO- Realización 775
INGRESO EN DIVISAS 879
INSPECCION CONTABLE 953, 983
INSPECCION CONTABLE- Naturaleza 836
INSPECCION TRIBUTARIA 721
INSPECCION TRIBUTARIA- Duración 721
INVENTARIO DE MERCANCIAS- Ajuste 983
INVERSION DE CAPITAL 821
IVA EN SERVICIOS 1010

J

JUEGO ELECTRONICO 1085
JUICIO EJECUTIVO 677
JUNTA DE VALORIZACION 674

L

LEASING 757
LEGITIMACION PROCESAL 854, 1161

LEY EN EL TIEMPO 1139, 1191
LIBERTAD DE PRUEBA 974
LIBROS DE CONTABILIDAD 1101, 1168
LIBROS DE CONTABILIDAD- Atraso 828, 1216
LIBROS DE CONTABILIDAD- Importancia 766
LIBROS DE CONTABILIDAD- Obligatoriedad 873
LIBROS DE CONTABILIDAD- Presentación 721
LIBRO DE INVENTARIOS Y BALANCES 873
LIQUIDACION DE AFORO- Improcedencia 848
LIQUIDACION DE CORRECION ARITMETICA- Improcedencia 1134
LIQUIDACION DE REVISION 1134, 1151, 1152
LIQUIDACION PRIVADA 1152
LIQUIDACION PRIVADA- Firmeza 1018, 1020

M

MADAMIENTO DE PAGO 1047, 888
MEDIOS DE PRUEBA 1039
MEDIOS PROBATORIOS 974
MEDIOS PROBATORIOS- Valoración 722, 766
METODO BANCARIO- Improcedencia 1216

N

NORMA PROCESAL 1139
NORMA SUSTANTIVA 1191
NOTIFICACION POSTAL 888
NOTIFICACION POSTAL 1047
NOTIFICACION POSTAL 1176
NOTIFICACION POSTAL- Ineficacia 1176
NOTIFICACIONES POR CONDUCTA CONCLUYENTE 1176
NULIDAD 828
NULIDAD PROCESAL- Causales 1161
NULIDAD PROCESAL- Saneamiento 1161
NULIDAD PROCESAL- Saneamiento (Salvamento de voto) 1069

O

OBLIGACION TRIBUTARIA 1118

P

PAGO DEL IMPUESTO	848
PARTES- Designación	1061
PARTES- Representación	1161
PATRIMONIO PROPIO	659
PERIODO GRAVABLE	828
PODER ESPECIAL	854
POTESTAD REGLAMENTARIA	709, 1076
POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites	1072
PRESCRIPCION	709, 795 888, 1047 1076
PRESTAMO EN MONEDA EXTRANJERA	694
PRESTAMO EN MONEDA EXTRANJERA (Salvamento de voto)	704
PRESUNCION DE AUTENTICIDAD (Salvamento de voto)	691
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	812
PRINCIPIO DE CONTRADICCION	983
PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA	1151
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	1205
PRINCIPIO DE CONTRADICCION	836, 1205
PRINCIPIO DE LEGALIDAD	782
PROCESO LEGALMENTE CONCLUIDO	828
PRODUCTOR NACIONAL	1184, 1229
PRUEBA CONTABLE	963, 974
PRUEBA DOCUMENTAL- Eficacia (Salvamento de voto)	691
PRUEBA DOCUMENTAL- Ineficiéncia	1206
PRUEBAS	751
PRUEBAS (Aclaración de voto)	754
PRUEBAS PERICIAL	1205
PUNTO NUEVO (Aclaración de voto)	803
PUNTO NUEVO (Salvamento de voto)	801

R

RECUPERACION DE DEDUCCIONES	757
RECURSO DE RECONSIDERACION- Extemporaneidad	1175
RECURSO DE REPOSICION	854
RECURSO DE SUPLICA- Improcedencia	751
REDENCION DE BONOS	716
REGIMEN CAMBIARIO	905
REGISTRO AUXILIAR	766
REGISTRO MERCANTIL	848
RENTA BRUTA	1146, 1152
RENTA DE CAPITAL	1152

RENTA DE TRABAJO 1152
RENTA GRAVABLE- Determinación 1146, 1216
RENTA PRESUNTIVA 1027, 1146 1151, 1229
RENTA PRESUNTIVA- Determinación 1199
RENTA PREVENTIVA 1184
REPRESENTACION JUDICIAL 1161
REQUERIMIENTO ESPECIAL 835
REQUERIMIENTO ESPECIAL- Motivación 1151
RESPONSABILIDAD DEL IVA- Obligaciones 766
RESTITUCION DE TERMINOS 1047, 1176
RETENCION EN LA FUENTE 944, 1112
RETENCION EN LA FUENTE- Improcedencia 944

S

SALDO A FAVOR 995, 1013, 1018, 1020
SANCION CAMBIARIA 905
SANCION POR EXTEMPORANEIDAD 744
SANCION POR LIBROS 828
SANCION POR LIBROS- periodicidad 828
SANCION POR LIBROS- Procedencia 873
SANCION POR NO DECLARAR 1191
SANCION POR NO IDENTIFICACION DE TERCEROS- Procedencia 945
SANCION POR NO IDENTIFICAR 744, 795
SANCION TRIBUTARIA 953
SANEAMIENTO DE DIVISAS- Requisitos 896
SANEAMIENTO FISCAL 896
SENTENCIA INHIBITORIA- Improcedencia (Salvamento de voto) 1069
SERVICIO EXCLUIDO 1010
SISTEMA ESPECIAL DE INTERCAMBIO COMERCIAL 782
SOCIEDAD EXTRANJERA 659
SOCIEDAD SUBORDINADA 1118
SUCURSAL 659
SUJETO PASIVO 1118
SUPERINTENDENCIA BANCARIA 821
SUPERINTENDENCIA BANCARIA- Atribuciones 821
SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS- Atribuciones 905
SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS- Funciones 694
SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS- Funciones (Salvamento de voto) 704
SUPERINTENDENCIA DEL CONTROL DE CAMBIOS - Funciones 812
SUSPENSION PROVISIONAL 931, 1001, 1010

SUSPENSION PROVISIONAL- Improcedencia 1085
SUSPENSION PROVISIONAL- Requisitos (Aclaración de voto) 1083

T

TERMINO DE REVISION 1018, 1020
TERMINO PROCESAL 1139
TIPO DE CAMBIO 931
TITULO EJECUTIVO 677
TRANSACCION 1052
TRASLADO DE SOBRANTES 677

V

VALOR NOMINAL 709, 1072, 1076
VALOR NOMINAL (Aclaración de voto) 1083
VENTA DE BIEN INMUEBLE 775
VENTA EN SAN ANDRES 1161
VENTA EXENTA 1161
VIA GUBERNATIVA- Agotamiento 795, 854, 995, 1175
VIA GUBERNATIVA- Agotamiento (Salvamento de voto) 801
VIA GUBERNATIVA- Finalidad 1175
VIGENCIA DE LA LEY 1018
VINCULACION ECONOMICA 659
VINCULACION ECONOMICA- Inexistencia 921
VINCULACION ECONOMICA- Inexistencia 1118

Z

ZONA FRONTERIZA 905

SECCION QUINTA

A

ABOGACIA- Ejercicio profesional 1245
ABOGADO LITIGANTE 1245
ACCION ELECTORAL 1244, 1336

ACCION ELECTORAL 1336
ACTA DE ESCRUTINIO 1358
ACTA DE ESCRUTINIO- Firmas 1308
ACTO ADMINISTRATIVO 1432
ACTO ADMINISTRATIVO- Elementos 1380
ACTO COMPLEJO 1244, 1380
ACTO DE CONFIRMACION 1244
ACTO DE ELECCION 1244, 1308
ADMISION 1348
ALCALDE- Inhabilidades 1301, 1373
1422
ALCALDE- Requisitos 1366
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL- Facultades 1426
AUDITOR 1426
AUDITOR INTERNO- Periodo 1456
AUTORIDAD CIVIL 1262
AUTORIDAD CIVIL- Improcedencia 1283
AUTORIDAD POLITICA 1262

C

CADUCIDAD 1244
CANDIDATO- Identificación 1284
CARGA DE LA PRUEBA 1366
CARGO PUBLICO 1517
CAUCION 1448
COMPETENCIA 1392
CONCEJAL 1323, 1392
1489
CONCEJAL- Inhabilidades 1322, 1392
1409, 1432
1488, 1511
CONCEJAL- Régimen aplicable 1322
CONFESION- Improcedencia 1479
CONGRESISTA 1284
CONGRESISTA- Inhabilidades 1262, 1283
CONSEJERO COMISARIAL 1262
CONTRALOR- Inhabilidades 1517
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL 1456
CONTRATO 1373
CONTRATO DE SEGUROS 1277

D

DELEGADO DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL- Facultades 1308
DEMANDA ELECTORAL- Interpretación 1322
DEMANDA ELECTORAL- Interpretación (Salvamento de voto) 1330
DEMANDA ELECTORAL- Requisitos (Salvamento de voto) 1330
DEMANDA- Requisitos 1348
DESCONGESTION DE LOS DESPACHOS JUDICIALES 1301, 1442
DIPUTADO 1432
DIPUTADO- Inhabilidades 1472
DIRECTOR NACIONAL- Facultades 1401
DIRECTOR SECCIONAL- Selección 1401
DOCUMENTO 1373
DOCUMENTO PUBLICO 1354
DOCUMENTO PUBLICO- Inexistencia 1497
DOMICILIO LEGAL 1366

E

EJERCICIO DE PROFESIONES 1245
ELECCIONES LOCALES 1358
EMPLEADO OFICIAL 1322, 1392
1409, 1422
1488
EMPLEADO PUBLICO 1262
EMPLEADO PUBLICO- Inexistencia 1511

F

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Salvamento de voto) 1330

G

GOBERNADOR- Facultades 1401

I

INCIDENTE DE RECUSACIÓN 1445
INDEBIDA REPRESENTACION 1406
INTERES MORATORIO 1277
INTERROGATORIO DE PARTE- Valor probatorio 1479
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY 1456

J

JURISDICCION (Aclaración de voto) 1421
JURISDICCION COACTIVA 1332, 1387 1448, 1239
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 1448

L

LIQUIDACION DE IMPUESTOS 1272
LISTA DE CANDIDATOS- Naturaleza jurídica 1432

M

MAGISTRADO DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA 1244
MAGISTRADO DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Requisitos 1245
MANDAMIENTO DE PAGO 1452

N

NEGACION INDEFINIDA 1366
NORMA CONSTITUCIONAL- Desarrollo legal 1322, 1392 1488, 1502
NORMA PROCESAL- Aplicación 1442
NOTARIO 1283
NOTIFICACION EN ESTRADOS 1308
NULIDAD 1258, 1433
NULIDAD ELECTORAL 1323, 1392 1489
NULIDAD ELECTORAL- Causales 1308, 1336 1415, 1480 1502
NULIDAD ELECTORAL- Efectos 1433
NULIDAD ELECTORAL- Inexistencia 1308, 1336 1415, 1480 1502
NULIDAD PROCESAL 1406
NULIDAD PROCESAL- Causales 1258, 1345

P

PARENTESCO	1262
PARENTESCO- Prueba	1284
PARTICIPACION EN POLITICA	1322, 1392 1488
PRESUNCION	1373
PRINCIPIO DE CONTRADICCION	1301
PRINCIPIO DE IGUALDAD	1442
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	1301
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD	1308
PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO	1442
PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL (Aclaración de voto)	1421
PROCESO ELECTORAL	1445
PRUEBAS DE OFICIO- Improcedencia	1479
PRUEBAS	1373

R

RECLAMACION ELECTORAL	1309
RECLAMACION ELECTORAL- Causales	1308
RECUENTO DE VOTOS	1309
RECURSO DE APELACION- Improcedencia	1445
REGISTRADOR MUNICIPAL	1392
REGISTRO FALSO- Inexistencia	1309
RESIDENCIA	1415, 1502
RESOLUCION DE ACUSACION	1301
REVOCATORIA PERIODO- Improcedencia	1456

S

SANCION PENAL	1301
SENA	1401
SERVIDOR PUBLICO	1392
SERVIDOR PUBLICO	1488
SUSPENSION PROVISIONAL	1301
SUSPENSION PROVISIONAL- Efectos	1300
SUSPENSION PROVISIONAL- Improcedencia	1467
SUSPENSION PROVISIONAL- Improcedencia	1472
SUSPENSION PROVISIONAL- Procedencia	1301, 1517

T

TESTIMONIO EXTRAPROCESO- Valor probatorio	1479
TITULARIDAD	1406
TITULO	1332
TITULO EJECUTIVO	1239
TITULO EJECUTIVO	1272
TITULO EJECUTIVO	1387
TRAMITE	1345
TRANSITO CONSTITUCIONAL	1488
TRANSITO DE LEGISLACION	1488

V

VACANCIA	1392, 1489
VACANTE	1323
VALOR PROBATORIO	1354, 1373
VIA GUBERNATIVA	1452
VIOLENCIA CONTRA LOS ELECTORES	1480
VOTO PROGRAMATICO	1336